

# **INTERNASJONAL PRIVATRETT**

## **LOVVALG I KONTRAKTSFORHOLD**

*”Romakonvensjonens art. 4 – tolkingsproblemer og betydningen av Kommisjonens endringsforslag, for så vel EU-retten som for norsk rett”*

Kandidatnummer: 372

Veileder: Giuditta Cordero Moss

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17.873 ord

10.01.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon	1
1.2	Rettskilder og metode	6
<b><u>2</u></b>	<b><u>EU – ROMAKONVENSJONEN AV 19. JUNI 1980 OM LOVVALG I KONTRAKTSFORHOLD ARTIKKEL 4</u></b>	<b><u>10</u></b>
2.1	Presentasjon av dagens rettsstilstand og dens tolkingsproblemer	10
2.1.1	Art. 4 – gjeldende tekst, bakgrunn og oppbygning	10
2.1.2	To mulige tolkinger av forholdet mellom presumsjonen og kriteriet om den sterkeste tilknytning	19
2.2	Forslagene til endring – kan dette løse tolkingsproblemene?	26
2.2.1	Green paper	26
2.2.2	Uttalelser fra høringsinnstansene	28
2.2.3	Kommisjonens endelige forslag	35
2.2.4	Konsekvenser av disse endringene	37
2.3	Konklusjon	38
<b><u>3</u></b>	<b><u>NORSK RETT</u></b>	<b><u>40</u></b>
3.1	Dagens rettsstilstand på området	40
3.1.1	Utgangspunkter og kritikk	40
3.1.2	Internasjonale kjøpsforhold – lovvalgsloven av 1964	46
3.1.3	En ny retning?	48
3.2	Fremtidig kodifisering av regler på området	51
3.2.1	Justisdepartementets høringsbrev	51
3.2.2	Høringsinnstansene	52

3.2.3	Konsekvenser	52
<b>3.3</b>	<b>Konklusjon</b>	<b>53</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>SAMMENFATNING OG KONKLUSJON</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>DOMSREGISTER</u></b>	<b><u>A</u></b>
<b>6.1</b>	Norske dommer	<b>A</b>
<b>6.2</b>	Utenlandske dommer	<b>A</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon

Tema for denne oppgaven er lovvalg i kontraktsforhold, og de problemene som reiser seg når partene i kontrakter med tilknytning til mer enn ett land ikke på forhånd har avtalt hvilken lov som skal være anvendelig. Jeg vil se både på reglene innenfor EU og de norske reglene på området.

For EU-landene er det her Romakonvensjonen av 19. Juni 1980 om lovvalg i kontraktsforhold, (heretter kalt Romakonvensjonen) og dens artikkel 4 som er gjeldende. Denne konvensjonen er i dag kun åpen for ratifisering av EU-medlemmer. Det pågår imidlertid nå et arbeid med å omgjøre konvensjonen til en EU-forordning, i tillegg til omfattende modifiseringer i selve teksten. I artikkel 4 som jeg vil ta for meg i denne oppgaven er det foreslått drastiske endringer i ordlyden. Det understrekes at dette ikke gjøres med det mål å endre bestemmelsen materielt sett men å klargjøre en rettsstilstand som i mange år har vært uklar og som har ført til avgjørende tolkingsforskjeller med uheldige utfall for kontraktspartene.

Norsk rett på området har i stor grad vært ulovfestet, med unntak av noen spredte bestemmelser i bl.a. sjøloven og forbrukerkjøpsloven i tillegg til vår første rene lovvalgslov – nemlig løssørekjøplovvalgsloven<sup>1</sup>. Paradoksalt nok er denne løssørekjøplovvalgsloven § 4 basert på det samme prinsipp som Romakonvensjonens artikkel 4, mens norsk ulovfestet rett har en annen tilnærming.

---

<sup>1</sup> lov om mellomfolkeleg-privatrechtslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april 1964 nr. 1

De problemstillinger som viser seg er i første rekke de tolkingsforskjeller som har oppstått rundt anvendelsen av artikkel 4 i Romakonvensjonen. Disse har også blitt forsterket ved at EU-domstolen ikke har hatt myndighet til å tolke eller komme med avgjørelser i saker som omhandler konvensjonen. Det ble i 1988 opptegnet to protokoller som skulle trekke opp linjer for tolkingen av Romakonvensjonen og gi tolkingskompetanse til Domstolen. Disse protokoller fikk derimot aldri den oppslutning de trengte for å kunne tre i kraft.

Utgangspunktet i Romakonvensjonens artikkel 4 er prinsippet om "den nærmeste tilknytning". I tillegg inneholder bestemmelsen presumsjoner for tre forskjellige tilfeller. To særskilte presumsjoner for henholdsvis fast eiendom (art. 4 (3)) og transportkontrakter (art. 4 (4)), og en generell presumsjon for alle andre tilfelle som vi finner i art. 4 (2). De to førstnevnte vil ikke bli behandlet i denne avhandling, da de ikke reiser de samme tolkingsproblemer som den generelle presumsjonen. Siste ledd i bestemmelsen er en unntaksbestemmelse som viser tilbake til "den nærmeste tilknytning".

Avhandlingen vil i all hovedsak dreie seg om forholdet mellom den generelle presumsjonen og prinsippet om den nærmeste tilknytning, i tillegg til hvordan den norske individualiserende metode tilnærmer seg dette forholdet. De særskilte lovvalgsregler som gjelder for forbrukerkontrakter og arbeidsavtaler (Romakonvensjonens artikkel 5 og 6) vil ikke bli behandlet.

I forhold til norsk rett er hovedproblemstillingen hvorledes vi skal tolke våre egne regler på området, enten i tråd med den tradisjonelle lære i den ulovfestede rett eller i tråd med de seneste års utvikling i EU.

Valg av tema følger bl.a. av den økte bevisstheten i norsk rett rundt disse reglenes viktighet. Om enn noe nølende, så virker det som om flere og flere av rettsutøverne (og da tenker jeg særlig på advokatstanden) legger vekt på reglene, og er seg bevisst de uheldige utfallene det kan få dersom de ikke anvendes riktig. Med den mulighet som fortsatt finnes i

dag for *forum shopping*<sup>2</sup> er det også viktig at det skapes større bevissthet rundt hvordan man kan unngå uheldige utfall av dette, og at anvendelse av det ene eller andre lands materielle rett kan få svært forskjellig konsekvenser og utfall for kontraktspartene. Romakonvensjonen er ment som et korrektiv til denne muligheten for *forum shopping*, og det er derfor viktig at Norge legger seg på linje med EU-landene når det gjelder lovvalsregler slik at denne uheldige muligheten utelukkes.

Ettersom vår rett på området i stor grad har vært ulovfestet, vil det være naturlig å se til våre naboland når retten er i utvikling. Vi er sterkt knyttet til EU-landene igjennom EØS-avtalen, og mange lovkonflikter som kommer opp hos oss vil ha tilknytning til EU og andre nære land igjennom forskjellige tilknytningsfaktorer som nasjonalitet, språk og handlingssted. En størst mulig harmonisering på tvers av landegrensene er derfor ønskelig.

At en norsk jurist skal ta hensyn til Romakonvensjonen og dens anvendelse i EU-statene når han drøfter et spørsmål om lovvalg for kontraktsmessige forpliktelser, følger ikke av noen regler som er bindende for Norge, men synes å være meget hensiktsmessig. Det er all grunn for norske jurister til å søke veiledning i konvensjonens regler og til å anvende dem i tilfeller hvor norsk internasjonal privatrett ikke gir anvisning på klart avvikende regler. En slik uformell anvendelse av Romakonvensjonen som en subsidiær rettskilde styrker den rettsenhet og forutberegnelighet som er så viktig på dette området.<sup>3</sup> Også den seneste rettsutvikling fra Høyesterett bekrefter at vi tilnærmer oss de gjeldende EU-regler.<sup>4</sup>

Interessen for fagområdet har til nå i stor grad vært neglisjert, og heller ikke hos lovgiver har interessen vist seg i særlig grad. På grunn av EØS-avtalen har noen få lovvalsregler måttet innføres, men ellers har ikke det interlegale aspektet ved lovene blitt viet særlig

---

<sup>2</sup> Dette viser til den mulighet som åpner seg når det finnes flere kompetente jurisdiksjoner og disse har forskjellige lovvalsregler, eller tolker disse ulikt. Her vil en observant kontraktspart kunne anlegge søksmål i den stat som har de mest fordelaktige lovvalsregler for sin egen del, med den følge at de materielle reglene som kommer til anvendelse blir tilfeldige, og med uheldige følger for den annen part. Saksøkte vil heller ikke, inntil saksøker har valgt forum kunne forutse hvilken rett som vil regulere det omtvistede forhold. Dette er meget uheldig.

<sup>3</sup> Se Moss, Lov og Rett 2001 s. 119.

<sup>4</sup> HR-2006-01492-U

oppmerksomhet i lovgivningsprosessen. Justisdepartementet tok i 1985 opp temaet og utarbeidet et utkast til lov om lovvalg på det formuerettslige området.<sup>5</sup> Disse reglene var basert på Romakonvensjonen og ble sendt på høring 20. mai 1985. De ble dermed aldri til en lov, på tross av positive tilbakemeldinger. Det er dermed klart at norsk lovgivning på området bør oppdateres, og at det mest naturlige i denne prosessen er å se til EU.

Det er på bakgrunn av dette at Justisdepartementet igjen har satt igang et arbeid, og i lengre tid gått med planer om en kodifisering av de ulovfestede reglene om lovvalg på kontraktsrettens område. I Høringsbrev av 13.06.2003<sup>6</sup> om EU-Kommisjonens Grønnbok om mulige endringer i Romakonvensjonen uttales det:

*”Ut fra behovet for enhetsløsning i saker som har tilknytning til mer enn én rettorden er det grunn til å legge stor vekt på hvordan spørsmålene er løst i rettsystemer det er naturlig for oss å sammenligne oss med og som i mange tilfeller er den rettsorden saken alternativt blir å løse i henhold til. De løsninger som følger av Roma-konvensjonen vil derfor ha stor betydning for utformingen av norsk rett.”*

Romakonvensjonens betydning for norsk rett blir også påpekt av Gaarder<sup>7</sup>:

*”Men innenfor formueretten, hvor det ikke har utkrystallisert seg faste, sikre regler, må man nok regelmessig gå veien om Irma-Mignon-formelens problemstilling. I den forbindelse vil nok reglene i Romakonvensjonen etter hvert bli trukket inn som viktige elementer i den helhetsvurdering som må gjøres. Det vil selvsagt særlig være viktig dersom et av de aktuelle rettssystemer er fra et EU-land slik at Romakonvensjonen ville ha funnet anvendelse om saken var blitt reist i dette landet. Hensynet til enhetsløsningen taler da sterkt for at også norske domstoler bør anvende Romakonvensjonens regler pr. analogi.”*

---

<sup>5</sup> (Jnr. 1450/85 E BN/uwg).

<sup>6</sup> Høringsbrev finnes på nettsiden:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/Horing-Gronnbok-om-mulige-endringer-i-Roma-konvensjonen-19-juni-1980-om-lovvalg-pa-kontraktsrettens-omrade/1.html?id=95803>

<sup>7</sup> Gaarder. 2000, s. 97-98.

De viktigste begreper anvendt i denne avhandling vil være "*den nærmeste tilknytning*", "*individualiserende metode*", "*den karakteristiske ytelse*" og "*realdebitors bopel*".

"*Den nærmeste tilknytning*", er betegnelsen på det prinsippet vi i dag finner i Romakonvensjonens art. 4 (1), som også før Romakonvensjonens tid var et anerkjent prinsipp innenfor den internasjonale privatrett. Dette prinsipp utpeker det lands rett som en kontrakt har sin nærmeste tilknytning til, utifra relevante forhold som kan knytte en kontrakt til et land eller et annet. Men prinsippet blir modifisert av de etterfølgende presumsjoner.

Den "*individualiserende metode*" er prinsippet om den nærmeste tilknytning slik det har kommet til uttrykk i norsk rettspraksis. Denne metoden finner frem til anvendelige lov utifra en helhetsvurdering av alle relevante tilknytningskriterier. Disse to tilsynelatende like prinsipper har altså forskjellige tilnærmingsmåter.

De to sistnevnte begreper viser til den generelle presumsjonen vi finner i Romakonvensjonens art. 4 (2). Dette er et objektivt tilknytningskriterie som knytter den nærmeste tilknytning opp mot det land hvor den som skal prestere kontraktens *karakteristiske ytelse* har sin bopel. *Realdebitor* er her et annet uttrykk for den som skal prestere den *karakteristiske ytelse*.

Jeg har som et utgangspunkt sitert fra de danske offisielle utgaver av de forskjellige EU-rettslige kilder, mens jeg har beholdt den engelske ordlyd der engelsktalende instanser har uttalt seg. Dette på grunn av de mulige tolkingsnyanser som oppstår ved oversettelser og som allerede viser hvor vanskelig det er å oppnå ensartet tolking.

Jeg har valgt å bygge opp oppgaven ved først å behandle EU-retten og deretter de norske regler på området. Selv om den norske rettstilstand ville ha vært et naturlig utgangspunkt for en slik sammenligningsoppgave, falt jeg allikevel ned på at EU-retten behandles først. Dette korresponderer best med den naturlige tankerekken jeg har hatt underveis i arbeidet



med avhandlingen, og er også den måten jeg tilnærmet meg problemstillingen på i første omgang.

Ved først å analysere rettstilstanden i Europa, for så å sammenligne dette med hvordan problemene behandles i Norge føler jeg også at jeg har klart å se på de norske regler med et større perspektiv. I tillegg danner Romakonvensjonen, med de endringer som nå er under arbeid i EU-institusjonene, et klart utgangspunkt for de forventede fremtidige norske regler på området. Avhandlingen tar for seg henholdsvis EU-rett og norsk rett, med en fremstilling av nåværende rett og dens tolkingsproblemer, og deretter pågående og fremtidige endringer og normative betraktninger. I tillegg til konklusjoner etter begge hoveddelene vil jeg også i et avsluttende kapittel sammenfatte og konkludere for avhandlingen som et hele.

## 1.2 Rettskilder og metode

Jeg vil i avhandlingen fokusere på rettskilder med aktualitet for dagens rettstilstand, dvs. de seneste tiår for EU's del. Kun et par innledende bemerkninger er tatt med om rettstilstanden før Romakonvensjonen. For Norges del må man litt lengre tilbake i tid, ettersom sedvaneretten bruker lengre tid på å utvikle seg.

Rettskilden som danner utgangspunktet for oppgavens tema er Romakonvensjonen, og dens artikkel 4. Denne er gjeldende rett for alle kontrakter som inngås mellom parter i land som begge er medlem av EU. Konvensjonen er av universell karakter, som vil si at den loven konvensjonen utpeker ikke behøver å være fra et medlemsland for at den skal komme til anvendelse, se dens art. 2. Konvensjonen er altså ikke bindende for Norges del, selv om norsk rett kan bli utpekt etter dens bestemmelser.

I forhold til Romakonvensjonen vil rettspraksis fra medlemslandenes nasjonale domstoler spille en stor rolle. Igjennom dette ser man de tolkingsforskjeller som har utkrystallisert seg og ført til mange av de problemer konvensjonen i dag står ovenfor. De arbeider som i de seneste år er gjort med tanke på å endre konvensjonen vil også være svært viktig. Dette

gjelder særlig EU-Kommisjonens Grønnbok<sup>8</sup>, uttalelser fra de forskjellige høringsinnstanter og det endelige forslaget fra Kommisjonen til endringer i konvensjon<sup>9</sup>. Igjennom disse dokumenter belyses problemer og mulige løsninger, samtidig som enighet og uenighet rundt de normative løsninger blir påpekt. Forarbeidene til Romakonvensjonen, som i det alt vesentligste består av Giuliano-Lagarde rapporten<sup>10</sup> er av mindre betydning i dag og vil kun bli nevnt der det er relevant.

For norsk retts vedkommende er rettsreglene på området i det vesentligste ulovfestet. I tillegg til et par spredte bestemmelser<sup>11</sup> i lover som sjøloven, agenturloven og forbrukerkjøpsloven har vi i dag kun to rene lovvalgslover i norsk rett, som har begrensede anvendelsesområder. Den første vi fikk på dette området var løsørekjøpslovvalgsloven. I tillegg har vi på grunn av våre EØS-rettslige forpliktelser en forsikringslovvalgslov<sup>12</sup>

For denne del av oppgavens vedkommende vil derfor utgangspunktet være sedvaneretten. Denne kommer i stor grad til uttrykk igjennom rettspraksis, som derfor her vil være en viktig kilde. Allikevel er antallet rettsavgjørelser på området lavt ettersom internasjonal-privatretslige spørsmål ofte enten ikke blir påberopt for domstolene, eventuelt oversett av dommeren. En annen viktig årsak til dette er at partene ofte fremmer slike saker for en voldgiftsdomstol i stedet for å gå til de ordinære domstoler. Avgjørelsene herfra blir sjelden publisert.

Vi må av disse grunner i mange tilfeller støtte oss på rettsteorien, selv om den er meget sparsom sammenlignet med andre europeiske land. Mye av det som finnes av litteratur er også meget generelt og bærer preg av innføringslitteratur. Juridiske artikler kan ofte være

---

<sup>8</sup> Grønnbok om omdannelse av Rom-konvensjonen av 1980 om hvilken lov som skal anvendes på kontraktsrettslige forpliktelser til en fellesskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser, av 14.01.2003 KOM (2002) 654

<sup>9</sup> Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)" (presented by the commission) , Brussels, 15.12.2005. (COM (2005) 650 final)

<sup>10</sup> Giuliano, M., Lagarde, P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJEC, No C 282, 31.10.1980, 1-50.

<sup>11</sup> Se bl.a sjøl. § 75, agenturloven § 3 og forbrkj. § 3.

<sup>12</sup> Lov om lovvalg i forsikring av 27. November 1992 nr. 111.

eneste kilden i forbindelse med et internasjonal-privatretslig spørsmål, men disse dekker på langt nær alle deler av den internasjonale privatretten. Vi må i tillegg ta i bruk visse sekundærkilder, dvs. litteratur fra et land som fremstiller et annet lands rettskilder. Som for eksempel en engelsk oversettelse av en tysk dom.

For både EU-retten og norsk retts del vil også formålsbetraktninger og Reelle Hensyn tillegges vekt, ettersom de andre rettskilder på området ikke har gitt presise svar på hva som er gjeldende rett.

Jeg vil i avhandlingen ta utgangspunkt i den juridiske komparative metode. Dette vil si at jeg vil forsøke å belyse likheter og forskjeller mellom metodespørsmål i norsk intern rett og EU-rett/internasjonal rett. Ettersom retten på området er under endring, og det enda ikke er klart, verken for EU eller Norges del, hva det endelige resultat vil bli vil også normative betraktninger være med på å forme denne avhandling.

For de norske rettskilders del vil det være norsk juridisk metode man må gå ut i fra. Det gjelder altså her å finne frem til gjeldende rett ved hjelp av de aktuelle rettskilder og deres tolkingsregler. Tolkningen vil basere seg på hvilken relevans rettskildene har, hva man kan slutte av disse, og hvilken innbyrdes vekt de har i forhold til hverandre. Internasjonale rettskilder har den forskjell fra norsk intern rett at de ikke er direkte bindende for norske borgere. De må inntas eksplisitt eller igjennom henvisning i norsk rett for at de skal være bindende. I mangel av tilstrekkelige kilder og i lys av et klart behov for internasjonal harmonisering vil allikevel utenlandske rettskilder i stor grad komme inn i tolkingen av norsk rett på dette området.

For de EU-rettslige reglers del, gjelder det faktum at de fortsatt foreligger i form av en internasjonal konvensjon, og at det derfor er den folkerettslige metode man må ta utgangspunkt i ved tolkingen av denne. I Wienkonvensjonen om internasjonale traktater<sup>13</sup> finnes tolkingsregler for disse. Tolkningen skal etter dennes artikkel 31 ta utgangspunkt i

---

<sup>13</sup> The Vienna Convention on the law of the treaties, Vienna 23.05.1969, art. 31–33.

ordlyden og dens vanlige betydning, i lys av traktatens kontekst og formål. Til dens kontekst kommer tilhørende avtaler som alle partene er enige om og i tillegg også etterfølgende avtaler og praksis. Forarbeider til konvensjonen kan derimot bare tas i betraktning der de rettskildefaktorer nevnt i artikkel 31 ikke gir svar.

Viktig for denne avhandling er også Wientraktatens artikkel 33 som sier at der konvensjonen er utferdiget på flere offisielle språk, så skal alle de offisielle versjoner være likeverdige. Konvensjonens termer presumeres å ha den samme betydning i alle de offisielle versjoner, men som vi skal se senere i denne avhandling skaper dette allikevel tolkingsproblemer.

I fremstillingen av andre lands nasjonale rettskilder vil disse forsøkes belyst på en mest mulig objektiv måte da en norsk jurisk ikke kjenner de respektive lands juridiske metoder. En svakhet ved denne avhandling er at en del lands rettskilder og relevante uttalelser ikke vil kunne bli belyst på en rettferdig måte, da mange av kildene kun er tilgjengelige på originalspråket.

Hva gjelder den internasjonale privatretts metode er det viktig å påpeke at dette er en del av hvert lands interne rett. Vi har altså vår norske internasjonale privatrett mens feks. Frankrike har sin franske internasjonale privatrett. Den internasjonale privatrettslige metode går ut på å finne den lov som skal anvendes på forholdet. Den løser ikke sakens materielle spørsmål. I denne internasjonal-privatrettslige metode søker vi etter tilknytningspunkter. Det gjelder å finne hvilket juridisk område man er på (feks. som her det kontraktsrettslige område), og deretter knytte dette opp, via et tilknytningsledd, mot den stats materielle rett som skal anvendes.

## **2 EU – Romakonvensjonen av 19. Juni 1980 om lovvalg i kontraktsforhold artikkel 4**

### **2.1 Presentasjon av dagens rettstilstand og dens tolkingsproblemer**

#### **2.1.1 Art. 4 – gjeldende tekst, bakgrunn og oppbygning**

##### **2.1.1.1 Innledning**

Art. 4 i Romakonvensjonen regulerer det forhold hvor partene ikke har gjort et lovvalg i sin kontrakt, etter hovedregelen om partsautonomi i art. 3. Selv om internasjonale kontrakter ofte inneholder lovvalgsklausuler, finnes det flere grunner til at dette ikke alltid er tilfellet. Partene kan ha hatt vanskeligheter med å komme til enighet rundt spørsmålet. Kontrakten kan også være så enkel at den ikke inneholder reguleringer av annet enn partenes ytelser. Det er og sannsynlig at mange ikke tenker på muligheten for å innta en lovvalgsklausul, eller at de rett og slett anser det som unødvendig.

Art. 4 har 5 ledd hvorav (1) statuerer utgangspunktet, (2), (3) og (4) regner opp presumsjoner til støtte for (1), og (5) representerer unntak fra presumsjonene som viser tilbake til (1).

##### **2.1.1.2 Bakgrunnen for den løsning Romakonvensjonen i dag oppstiller**

Prinsippet nedfelt i art. 4 (1) er ”prinsippet om den nærmeste tilknytning”. Dette prinsippet reflekterer regler anvendt i mange kontraktsstater også før Romakonvensjonen. I England har en slik individualiserende metode lenge vært anvendt under betegnelsen ”the proper

law of the contract”. Ordlyden har for eksempel klare likhetstrekk med bl.a. avgjørelsen i *Bonython v. Commonwealth of Australia, 1951*<sup>14</sup> som viser at engelsk rett fulgte prinsippet om den nærmeste tilknytning også før Romakonvensjonen. Her uttaler Lord Simmonds:

*”The substance of the obligation must be determined by the proper law of the contract, ie. the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection.”*

Også tysk rett har anvendt denne metoden under betegnelsen ”hypotetischer Parteiwille”. Når partene ikke selv hadde valgt den kompetente lov, søkte domstolene å finne den lov, som partene måtte antas å ha villet avtale at kontrakten skulle underlegges, hvis de hadde drøftet spørsmålet. Metoden var således opprinnelig rent subjektiv, men betegnelsen brukes fortsatt selv om de tyske domstoler i senere tid har gått over til en objektiv bestemmelse av hvilket land kontrakten har sin sterkeste tilknytning til.<sup>15</sup>

Den franske Cour d’Appel i Paris holdt på en lignende tolking i avgjørelsen *Soc. Jansen v. Soc. Sté Heurty* av 27. januar 1955.<sup>16</sup> Her påpekes det at i mangel av eksplisitt lovvalg, så vil anvendelig lov bli bestemt objektivt ved at kontrakten vil være underlagt loven på det stedet den er nærmest tilknyttet. Dette vil man objektivt kunne fastsette ved å se på dens kontekst og økonomiske aspekt. Derimot sies det videre i dommen at dette stedet er det land der den forpliktelsen som er karakteristisk av sin natur skal oppfylles.<sup>17</sup>

I Italiensk rett derimot, ble det før Romakonvensjonen sett bort fra den presumerte viljen til partene. Saken ble avgjort eksplisitt og direkte av lovgiveren, igjennom objektive tilknytningskriterier, Jfr. Giuliano-Lagarde rapporten, 1980, [s. 19].

---

<sup>14</sup> [1951] A.C. 201 at 219 (Jfr. henvisning i fotnote 1, Plender 2001, s. 109).

<sup>15</sup> Schmidt, kapittel 4, fotnote nr. 6.

<sup>16</sup> (1955) 44 Revue Critique du droit international privé 330.

<sup>17</sup> “applicable law is determined objectively by the fact that the contract is located by its context and economic aspects in a particular country, the place with which the transaction is most closely connected being that in which the contract is to be performed in fulfilment of the obligation characteristic of its nature”, jfr. Giuliano-Lagarde rapporten, [s. 18].

Både de nasjonale rettstilstander og et utkast fra Benelux landene<sup>18</sup> ble vurdert i Giuliano-Lagarde rapporten. Rapporten betraktes som forarbeider til Romakonvensjonen og ble publisert i OJEC<sup>19</sup> den 31.10.1980. Den tar for seg arbeidet med, hensyn bak og tolking av de enkelte artikler i Romakonvensjonen som ble åpnet for ratifisering den 19. juni 1980.

I rapporten konkluderes det med at i alle fellesskaps-landene, med unntak av Italia, hadde man fra før av foretrukket den fleksible tilnærmingen som ligger i prinsippet om den nærmeste tilknytning, og at denne løsningen fortsatt ble foretrukket. Denne løsningen overlater et vidt skjønn til dommeren i den helhetsvurdering som skal foretas av alle de relevante tilknytningsfaktorene i kontrakten. Men objektive tilknytningskriterier eksisterte også, og resultatet ble en bestemmelse i Romakonvensjonen hvor prinsippet om den nærmeste tilknytning er utgangspunktet, og hvor presumsjonene er med på å dempe den frie skjønnsvurderingen.

#### 2.1.1.3 Artikkel 4's oppbygning

I artikkel 4's første ledd statueres prinsippet om den nærmeste tilknytning. Der partene ikke har foretatt et lovvalg etter den mulighet de har til det i art. 3 skal avtalen være underkastet loven i det land som den har sin nærmeste tilknytning til. Dette utgangspunkt forutsetter en helhetsvurdering av alle sakens omstendigheter, og åpner for et vidt skjønn. En regel av dette slag gir stor fleksibilitet for dommeren til å komme frem til det lands rett som har den aller nærmeste tilknytning til saksforholdet.

Ordlyden i 1. ledd: *"I det omfang der ikke er foretaget et gyldigt lovvalg i henhold til artikel 3"* viser til mulighetene for *dépeçage*<sup>20</sup>. Dette ser vi også videre i siste setning av art. 4 (1): *"Hvis en del af aftalen, som kan adskilles fra resten af aftalen, har naermere tilknytning til et andet land, kan loven i dette land dog undtagelsesvis bringes i anvendelse paa denne del af aftalen. ("Severability")*. Alle delegasjonene i Giuliano-Lagarde utvalget mente at kontrakten som et hele i prinsippet burde være underlagt en og samme lov.

---

<sup>18</sup> Et utkast til en konvensjon, som etter videre arbeid i Kommisjonen har fått betegnelsen Benelux Traktaten av 1969.

<sup>19</sup> Official Journal of the European Community

<sup>20</sup> At forskjellige deler av kontrakten blir underlagt forskjellige lands lover.

Derimot var de fleste av ekspertene<sup>21</sup> for å tillate domstolene å la forskjellige deler av kontrakten være styrt av forskjellige lover, så sant den består av kontraktsdeler som er atskillelige og uavhengig av hverandre fra et juridisk og økonomisk ståsted. Dette skulle derimot bare skje i unntakstilfeller. Ordlyden presiser dette med ”*undtagelsesvis*”. Dette skal derfor tolkes slik at domstolen bør utøve *dépeçage* så sjeldent som mulig.

Av tilknytningsfaktorer kan det også tas hensyn til faktorer inntruffet etter kontraktsinngåelsen. Dette fremkommer ikke eksplisitt av art. 4 (1), men nevnes som en mulighet i Giuliano-Lagarde rapporten, 1980 [s. 19]. Engelsk rettslitteratur har derimot hevdet at hensyn taler for at Roma-konvensjonen ikke dekker slik etterfølgende opptreden/faktorer. Dette fordi reglene som ekskluderer eller tillater å ta hensyn til dette ikke er karakterisert som en del av den internasjonale privatrett, men som en del av den rett som regulerer tolkingen av kontrakter.<sup>22</sup>

Fleksibiliteten i art. 4 (1) blir derimot substansielt modifisert i paragraf 2, 3 og 4 som stiller opp presumsjoner. Her vil kun den generelle presumsjonen i paragraf 2 bli behandlet.

Etter 2. ledd presumeres det at avtalen har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den part som skal prestere den for avtalen karakteristiske ytelse, på tidspunktet for avtalens inngåelse, har sin bopel eller, hvis det dreier seg om et selskap, en forening eller en annen juridisk person, sitt hovedsete. Dersom avtalen inngås som ledd i dennes ervervsvirksomhet, gjelder presumsjonen dog det land, hvor hovedforretningsstedet er beliggende, evt. et annet forretningssted presisert i avtalen.

Ideen med å anvende den karakteristiske ytelse som tilknytningsfaktor ble med støtte hos enkelte eldre forfattere utarbeidet allerede på 1940-tallet av sveitseren von Schnitzer, og har siden blitt anvendt i den sveitsiske rettspraksis.<sup>23</sup> En slik regel finnes i dag også i den sveitsiske lovvalgslov art. 117 IPRG, i form av en presumsjon.

---

<sup>21</sup> Giuliano-Lagarde Rapporten

<sup>22</sup> Plender, 2001 s. 111

<sup>23</sup> Schmidt, 1987 s. 164.



Ideen bak utformingen av 2. ledd gir effekt til en tendens som allerede hadde vist seg, både i doktrinen og rettspraksis, før Romakonvensjonens tid. Når partene ikke har gjort et valg selv, defineres på denne måten tilknytningsfaktoren fra innsiden av kontrakten, og ikke fra utsiden. På denne måten relaterer man også konseptet om den karakteristiske ytelsen til en enda mer generell ide, nemlig ideen om at denne ytelsen viser til funksjonen som det aktuelle juridiske forhold oppnår i et lands økonomiske og sosiale liv.<sup>24</sup>

Det er i de bilaterale/gjensidige kontrakter ikke alltid helt klart hva som er den karakteristiske ytelse. En viktig veiviser er at motytelsen til den karakteristiske ytelse, i den moderne økonomi, ofte er en betalingsytelse. Forpliktelsen til å betale en sum penger, vil sjelden være den karakteristiske ytelse. Den karakteristiske ytelse er ytelsen hvis betaling skal skje for, nemlig en realytelse. Dette avhenger selvfølgelig fra kontrakt til kontrakt men vil for eksempel være leveringen av varer, utleien av fast eiendom, utøvelsen av en tjeneste, eller transport, forsikringsutstedelse, den som tilbyr banktjenester etc. Det er disse ytelsene som vanligvis utgjør ”gravitetssenteret” og den sosio-økonomiske funksjonen av en kontraktsrettslig transaksjon. Giuliano-Lagarde rapporten konkluderer med det standpunkt at bare bopel, hovedsete eller hovedforretningsstedet til parten som utøver den karakteristiske ytelse er gode indikatorer i lokaliseringen av kontrakten. På denne måten gir presumsjonen i paragraf 2 spesifisert form og objektivitet til det, i seg selv, altfor vage konseptet ”den nærmeste tilknytning”. Og den forenkler problemet med å finne frem til anvendelig lov når partene ikke har spesifisert dette i sin kontrakt.<sup>25</sup>

For å unngå forandringer i tilknytningsfaktoren underveis i kontraktsforløpet, gjøres det også klart i art. 4 (2) at det er tidspunktet for kontraktsslutningen som er avgjørende for vurderingen.<sup>26</sup> På denne måten unngår man å få mobile konflikter, der for eksempel selgeren endrer sitt hovedforretningssted/utsalgssted underveis i kontraktsforløpet, og man således kan sitte med flere aktuelle lover.

---

<sup>24</sup> Giuliano-Lagarde rapporten, 1980 [s. 20]

<sup>25</sup> Giuliano-Lagarde rapporten, 1980 [s. 20]

<sup>26</sup> ”paa tidspunktet for aftalens indgaaelse”

5. ledd representerer et unntak fra de ovenfor nevnte presumsjoner. Da konfliktregelen i art. 4 er meget vid og skal favne om nesten alle typer kontrakter, med unntak av de særskilte presumsjoner for kontrakter nevnt i (3) og (4), og for forbrukerkontrakter, art. 5, og arbeidsavtaler, art. 6, kreves det et visst rom for skjønn, slik at man unngår urimelighet i de situasjoner som ikke passer inn under den generelle regelen.

Regelen henviser til to forskjellige tilfeller. Første punktum av (5) viser til tilfellet hvor den karakteristiske ytelsen ikke kan bestemmes. I den danske utgaven heter det: *"Stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis det ikke kan afgøres, hva der er den for aftalen karakteristiske ydelse"*. Dette unntak viser kun til presumsjonene i 2. ledd og ikke til de særskilte nevnt i 3. og 4. ledd, fordi anvendelige lov her er bestemt etter faste kriterier, og det dermed ikke vil oppstå lignende tolkingsproblemer som etter den generelle presumsjonen i 2. ledd. Dersom den karakteristiske ytelse ikke kan fastslås viser paragraf 5 tilbake på utgangspunktet om den nærmeste tilknytning i 1. Ledd.

5. ledd, 2. pkt. nevner det andre tilfellet, nemlig et unntak fra presumsjonene *"hvis det af omstaendighederne som helhed fremgaar, at aftalen har en naermere tilknytning til et andet land"*. Dette er i tillegg til 2. ledd, også et unntak fra 3. og 4. ledd, og viser til den sikkerhetsventil som ligger i muligheten for konkret skjønnsutøvelse i særskilte tilfeller, som ikke er regulert direkte i konvensjonen. Dette gjelder tilfeller hvor det vil være særlig behov for å avvike fra de tilknytningskriterier som presumsjonene stiller opp. Loven i det land saken har en nærmere tilknytning til vil her få gjennomslag.

#### 2.1.1.4 Romakonvensjonens 2 protokoller.

For å sikre uniform tolking av Romakonvensjonen ble to protokoller signert i Brussel den 19. desember 1988. Den første protokollen om selve tolkingen av Romakonvensjonen krever at minst 7 av statene som har ratifisert Romakonvensjonen ratifiserer for at den skal kunne tre i kraft. I tillegg er den knyttet til protokoll nr. 2, som gir tolkingskompetansen til EF-domstolen. Dersom denne trer i kraft på et senere tidspunkt, skal heller ikke protokoll nr. 1 tre i kraft før den tid. Protokoll nr. 2 trer ikke i kraft før alle konvensjonsmedlemmene har ratifisert, da dette er så viktige spørsmål at det kreves enstemmighet.

Opptegningen av de to protokoller var en lang og omstendelig prosess, hvor både behovet, teknikken, innholdet og vilkårene for tolking ble diskutert i detalj. Intensjonene fra den gang Romakonvensjonen ble nedtegnet om å gi EF-domstolen spesiell kompetanse til å tolke den, er fulgt opp i disse protokollene for å motvirke tolkingsforskjeller og sørge for en mest mulig harmonisert og effektiv praksis i medlemslandene. EF-domstolen skal ha jurisdiksjon til å komme med avgjørelser om tolkingen av Romakonvensjonen. En slik prejudisiell avgjørelse kan kreves av medlemslandenes høyesterett, i tillegg til landenes anke-domstoler.

Protokollene har til dags dato derimot ikke trådt i kraft da vilkårene for dette krever at alle medlemslandene slutter opp om protokollene. I tillegg har antagelig fokuset på protokollene i stor grad mistet styrke etter at arbeidet med å gjøre Romakonvensjonen om til et EU- instrument i de senere år har gjort protokollene overflødige.

#### 2.1.1.5 Tolkingsvanskeligheter

Flere eksempler viser at regelen om den karakteristiske ytelse ikke alltid er så lett å anvende da det finnes flere typer kontrakter hvor det er vanskelig å bestemme hvilken ytelse dette er. I en forlagskontrakt blir man nødt til å avveie forfatterens forpliktelse til å levere manuskriptet, mot forlagets forpliktelse til å trykke og offentliggjøre det. Av andre kontraktstyper hvor det kan oppstå vanskeligheter kan nevnes eneforhandleravtaler, hvor det er tvilsomt om det er eneforhandleren eller leverandøren, som yter den karakteristiske ydelsen. I en joint venture vil man også kunne ha en rekke forskjellige ytelser fra begge parter side, og i bytteavtaler er det ikke mulig å fastslå den karakteristiske ytelse, noe som ofte kan utgjøre et problem i internasjonal storhandel hvor kjøp ikke sjelden gjøres betinget av motkjøp.<sup>27</sup>

Den engelske avgjørelsen *Print Concept GmbH v GEW (EC) Ltd*<sup>28</sup> gjaldt en eksklusiv distribusjonsavtale under hvilken den tyske saksøker hadde påtatt seg distribusjon av luftkjølte tørkesystemer i Tyskland, Østerrike og Sveits, som skulle leveres av det saksøkte

---

<sup>27</sup> Schmidt s. 164-165.

<sup>28</sup> [2002] CLC 352.

engelske selskap. Var det det tyske selskaps forpliktelse til å bruke sine beste evner til å markedsføre saksøktes produkter, eller den engelske produsents forpliktelse til å selge og levere tørkesystemene som her skulle ansees som den karakteristiske ytelse? I følge den engelske dommeren Longmore LJ (med støtte fra de to andre dommerne) var ”the real meat of the contract” (og derfor den karakteristiske ytelse) leveransen av produktene fra den engelske produsenten. Presumsjonen i art. 4 (2) pekte derfor på engelsk rett og den tyske saksøker fikk ikke rett til sluttoppgjør.

Den engelske Court of Appeals tilnærming i denne saken kan det, i følge Jonathan Hill<sup>29</sup>, settes spørsmålstegn ved. Han mener at forståelsen av begrepet ”den karakteristiske ytelse” her er feilkonstruert, da dette er til for å skille forskjellige *typer* av kontrakter etter deres essensielle karakteristikk. Som eksempel nevner han forskjellen mellom en salgsavtale og en avtale om tjenesteytelse. Det som skiller disse to fra hverandre er rett og slett det at den første involverer et salg, mens den andre involverer en tjenesteytelse. Den ytelse som karakteriserer en distribusjonsavtale, og som igjen skiller denne fra en salgsavtale er dermed distribusjonen, som er distributørens forpliktelse til å markedsføre og selge varen i det aktuelle marked. På denne måten har den engelske Court of Appeal oversett skillet mellom de individuelle salg mellom produsent og distributør og selve distribusjonsavtalen.

En annen vanskelighet ved anvendelsen av presumsjonen er distinksjonen mellom hovedforretningsstedet og et annet forretningssted ytelsen skjer fra, jfr. art. 4 (2) siste pkt.

Som eksempel kan det her vises til saken i den engelske Court of Appeal *Iran Continental Shelf Oil*<sup>30</sup>. Det var her uklart igjennom hvilket ”place of business” ytelsen skulle skje fra, jfr. art. 4 (2) siste pkt. Bedriftens hovedkontor lå i Texas, men den hadde også et kontor i Sevenoaks i England. Bedriften skulle skaffe og frakte deler til en oljerigg fra Houston og til flere iranske kjøpere i Bandar Abbas i Den Persiske Gulf. Det skulle også sendes over ingeniører som skulle overvåke installasjonene. Siden USA-Iran relasjonene var vanskelige

---

<sup>29</sup> Hill, Jonathan. ”Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts.” I: International and comparative law quarterly (2004) 53: 325-350. [s. 335 flg.]

<sup>30</sup> *Iran Continental Shelf Oil v IRI International Corp* [2002] EWCA Civ 1024.

hadde forhandlingene funnet sted ved det engelske kontoret. Dommeren, Clarke LJ, sier videre at man må finne "the real substance of the arrangements", for å finne frem til hva som var "characteristic performance", og motsatte seg å bestemme hvorvidt kontrakten anviste ytelse igjennom et bestemt kontor. Det holdt at partene hadde forutsatt at de forskjellige obligasjoner skulle arrangeres av kontoret i England. Altså: "ytelsen" behøvde ikke fysisk å skje fra dette kontoret. Dette uttrykte Clarke LJ i et obiter dictum ved å sette spørsmålsteget ved den korrekte måten å tolke setningen "where under the terms of the contract the performance is to be effected", jfr. art. 4 (2) siste pkt. Saksøkte, mente at det var en forutsetning at ytelsen fysisk skjedde igjennom dette andre forretningssted, mens dommeren her kom med synspunkter i motsatt retning. Anvendelig lov ble her ansett å være engelsk. Det skal her påpekes at det heller ikke er lagt opp til et slikt skille i teksten i art. 4, men dette viser vanskeligheter med presumsjonen som får følger for forutsigbarheten.

Et lignende argument ble anført i *Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd*.<sup>31</sup> I denne sak hadde begge parter sitt hovedforretningskontor i England, mens saksøkte også hadde et regionskontor i Skottland. I første instansen fikk saksøkte medhold i at Skotsk rett var anvendelig ettersom begge parter hadde sett for seg at den karakteristiske ytelsen skulle utføres via regionskontoret. Den engelske Court of Appeal tillot saken anket, og her ble utfallet annerledes. Dommeren Keene LJ (støttet av én annen dommer) konkluderte med at selv om begge parter klart hadde forutsett at saksøkte utførte den karakteristiske ytelsen (test- og konsulenttjenester) igjennom regionskontoret i Skottland, så var ikke dette nok til å bringe dette andre forretningssted i posisjon som den avgjørende tilknytningsfaktor etter art. 4 (2). Han peker videre på at det her kreves at det fremgår implisitt eller eksplisitt av kontraktens termer at parten er bundet til å utøve ytelsen igjennom et forretningssted som avviker fra hovedforretningsstedet, slik at en unnvikelse fra å gjøre dette vil anses som brudd på kontrakten.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> [2002] 1 WLR 3059.

<sup>32</sup> [2002] 1 WLR 3059, 3067 (at [29]).

Disse to engelske avgjørelsene viser hvordan det selv innenfor samme jurisdiksjon finnes avgjørende tolkingsforskjeller hva angår presumsjonen i art. 4. Jonathan Hill foretrekker den strenge tolking i *Ennstone Building Products* saken fremfor den løsere tolking i *Iran Continental Shelf Oil Company* saken. Dette bl.a. fordi den engelske konvensjonstekst bruker frasen "under the terms of the contract"<sup>33</sup>, og dette syn støtter opp om hensynet til forutberegnelighet. Det burde være mulig å forutse, kun ut fra kontraktens termer, hvorvidt hovedforretningssted eller et annet forretningssted skal utgjøre tilknytningsfaktoren.<sup>34</sup>

## 2.1.2 To mulige tolkinger av forholdet mellom presumsjonen og kriteriet om den sterkeste tilknytning

### 2.1.2.1 Innledning

Ordlyden i Romakonvensjonens art. 4, og senere års praksis og avgjørelser har gitt sitt utspring til diskusjonen rundt hvorledes forholdet mellom art. 4 (2) og 4 (5) skal forstås. Diskusjonen kan deles inn i to hovedkategorier. Disse to avhenger av hvorledes man ser på presumsjonen i paragraf 2. Hvor sterkt står den i forhold til kriteriet om den sterkeste tilknytning?<sup>35</sup>

To viktige reelle hensyn som her står i mot hverandre er fleksibilitet og forutsigbarhet. Det kan argumenteres både for og imot begge hensyn. Fleksibilitet er ønskelig for å kunne tilpasse regelen til hvert enkelttilfelle, da det aldri vil finnes to like saker. Med en fleksibel regel som viser til en helhetsvurdering av sakens omstendigheter vil man kunne ta disse hensynene.

Derimot stiller forutsigbarhet som et sterkt mothensyn til fleksibiliteten. Når kontrakter utformes vil det være en fordel om partene på forhånd kan forutsi hvilken lov som vil

---

<sup>33</sup> det samme gjelder for den franske tekst: "selon le contrat"

<sup>34</sup> Hill, *International and comparative law quarterly* (2004) 53: 325-350. [s. 338-339]

<sup>35</sup> Den følgende fremstilling vedrørende den svake og sterke modellen er basert på fremstillingen til Giuditta Cordero Moss, 2003, s. 85 flg.

komme til anvendelse på forholdet. Dette styrker rettsikkerheten og fjerner preget av tilfeldighet for parter som ikke har sikret seg på forhånd ved å innta en lovvalgsklausul.

#### 2.1.2.2 Art. 4.2 som en svak presumsjon

Den første kategori er den hvor presumsjonen i art. 4 (2) ses på som svak, eller løs. Denne modellen får sin støtte i ordlyden i art. 4, bl.a. ved at art. 4 (2) eksplisitt gjelder ”*med forbehold af stk. 5*”. Her sees presumsjonen som en indikasjon på elementer som kan være relevante for å finne den nærmeste tilknytning. Dette vil føre til at hovedregelen vil bli den man finner i paragraf 5, jfr. paragraf 1, som viser til en helhetsvurdering av alle forholdene i saken for å komme frem til hvilket land saken er nærmest tilknyttet. Denne løsningen oppfyller dermed ønsket om fleksibilitet ettersom dommeren vil ha mulighet til å ta alle relevante forhold i betraktning for slik å komme frem til en løsning best mulig tilpasset den konkrete sak.

Dansk Høyesterett har fortolket art. 4 i Romakonvensjonen på denne måten, jfr. UfR 1996, 937. Saken gjaldt en entrepriseavtale mellom en dansk og en tysk part. Selv om løsningen ville blitt den samme dersom presumsjonene i paragraf 2 var styrende, valgte de å foreta en helhetsvurdering av alle sakens momenter for å finne hvilket land saken var nærmest tilknyttet etter paragraf 5. Alle disse momentene pekte i retning av dansk rett, slik at dansk rett ble anvendt på sakens materielle forhold.

Også i en tidligere dansk sak fra *Østre Landsret*, avgjørelse av 30. mars 1988<sup>36</sup>, ble prinsippet i art. 4 (1) anvendt som hovedregel, dette også før Romakonvensjonen hadde trådt i kraft. Saken ble avgjort etter tysk rett siden kontrakten det gjaldt ble vurdert å ha nærmest tilknytning til Tyskland. Retten fant det ikke nødvendig å vurdere presumsjonen i paragraf 2 som ville ha ledet til det samme resultat.

I den engelske dommen *Definitely Maybe (Touring) Ltd. V Marek Lieberberg*<sup>37</sup> synes vekten å være lagt på en svak presumsjon igjennom er ordrett lesning av art. 4. Denne

---

<sup>36</sup> *Henricksen v. Münchener Heilpraktiker Kollgeium*, UfR (1988) 626 s. 627.

<sup>37</sup> Common law (2001) 1 WLR 1745, (9)

ordrette lesning tolker 1. ledd som det generelle mål, og 2. ledd kun som et hjelpemiddel for å nå dette målet. Dommeren, Morison J, prøvde å føre en middelvei mellom den sterke og svake presumsjon. Han snakket i termer som støttet opp om den sterke presumsjonen, men samtidig kom han til at presumsjonen her ikke slo igjennom ovenfor unntaket i 5. ledd. Realdebitors bopel lå i England, noe som i seg selv hadde vært nok til å anvende engelsk rett etter teorien om en sterk presumsjon. Allikevel ble tysk rett ansett anvendelig etter art. 4 (5), da alle andre tilknytningsfaktorer pekte på Tyskland. Dommeren argumenterte her med at en slik ordrett tilnærming var spesielt passende når det var snakk om en internasjonal konvensjon.

Den samme tilnærming ser man i *Credit Lyonnais v New Hampshire Insurance*<sup>38</sup> av dommeren Hobhouse LJ. Denne preferansen for en ordrett konstruksjon av art. 4 ledet Hobhouse LJ mot utarbeidelsen av den svake modellen. I følge ham førte ordet ”disregard” i art. 4 (5) til at art. 4 (5) skulle gå foran. Problemene med de lingvistiske tolkinger blir her understreket av at Lord Marnoch i *Caledonia Subsea v Microperit*<sup>39</sup>, brukte det samme ordet, ”disregard”, til å argumentere for det motsatte. Han mente dette støttet opp om en sterk presumsjon.

#### 2.1.2.3 Art. 4.2 som en sterk presumsjon

I denne kategorien sees presumsjonene i art. 4 (2) på som den styrende regel, et kriterium dommeren må legge vekt på. Tilsvarende må art. 4 (5) tolkes restriktivt, og kun brukes som et snevert unntak dersom presumsjonene i 2. ledd ikke kan vise noen verdi i å finne den nærmeste tilknytning. Dette skaper forutsigbarhet for partene som allerede fra kontraktsinngåelsen kan sette seg inn i hvilken lov som vil styre deres rettsforhold ved en eventuell tvist. Slik vil partene kunne skaffe seg oversikt over sine egne rettigheter og forpliktelser. Slik forutsigbarhet skaper trygghet rundt reglene, og ovenfor kontraktsmotparter, noe som vil gjøre handel på tvers av landegrensene enklere.

---

<sup>38</sup> Common law (1997) 2 Lloyd’s Rep 1, 5, 10

<sup>39</sup> Common law (2002) SLT 1022, 1032.



I Nederlandsk rett har tendensen vært å legge vekt på art. 4 (2) som en sterk presumsjon. I *Société Nouvelle des Papeteries de L'Aa v. BV Machinefabriek BOA*,<sup>40</sup> anvendte den nederlandske høyesterett retten i det land hvor selgeren hadde sin bopel, til tross for at alle de andre tilknytningskriteriene viste til kjøperens land. Forhandlingene hadde funnet sted i Frankrike, på fransk og forpliktelsen skulle oppfylles i Frankrike. Selv om saken hadde sin nærmeste tilknytning til Frankrike ble nederlandsk rett ansett som gjeldende ettersom selgeren hadde sin bopel der, og det er han som utøver den karakteristiske ytelse. I denne saken ville utfallet blitt annerledes dersom man kun anser art. 4 (2) som en svak presumsjon. Dette viser betydningen av å oppnå harmoniske tolkingsregler for å unngå så forskjellige tolkingsutfall.

En sterk tolking av presumsjonen finner vi også i tysk rettspraksis. Dom av 25. februar 1999<sup>41</sup>, gjaldt spørsmålet om den tyske underentreprenøren hadde krav på resterende godtgjørelse fra den saksøkte som var den italienske hovedentreprenør. Entreprisen hadde funnet sted i Tyskland, forhandlingene hadde foregått på tysk og valutaene var angitt i Deutsche Mark. Ved å anvende art. 4 (5) ville domstolen derfor lett ha kommet frem til det samme resultat, nemlig at tysk rett var anvendelig. Domstolen påpeker allikevel at det er 4 (2) som er hovedregelen og at det derfor er underentreprenørens hovedkontor som blir avgjørende for lovvalget.

#### 2.1.2.4 Vurderinger og synspunkter på de to teorier

Ser man så på disse to motstridende hensyn sammenlignet med Romakonvensjonens formål, som er å oppnå og forbedre forutsigbarheten på det internasjonal-privatrettslige plan, vil hensynet til forutsigbarhet her veie tyngre enn hensynet til fleksibiliteten. Det kan ikke være en relevant faktor at en domstol selv ofte vil foretrekke anvendelsen av egen lov i forhold til en fremmed stats lov. Hvor nært knyttet forholdet er til en viss lov, synes å være mindre viktig enn at private og profesjonelle aktører har mulighet til å sette seg inn i hvilke regler som gjelder for deres kontrakt. (Moss, 2003, s. 87)

---

<sup>40</sup> IPRax 1994, s. 243

<sup>41</sup> Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999 s. 2442-2443.

Man kan se på denne diskusjonen som en skala, hvor de ulike nasjonale domstoler har plassert seg i forhold til hvilket styrkeforhold de mener det finnes mellom 2. og 5. ledd i artikkel 4. I dens ene ytterpunkt finner vi tradisjonelt sett de danske og engelske<sup>42</sup> domstoler som har argumentert for en svak presumsjon, og for en streng tolking av ordlyden. Dette ser vi bl.a. ved at domstolene ikke engang anser seg bundet til å vurdere presumsjonen i 2. ledd. At Danmark har tolket ordlyden i art. 4 i samsvar med ”den individualiserende metode”, som også i Danmark var den rådende regel på området før Romakonvensjonen ser vi hos Lookofsky<sup>43</sup>:

*”Konventionens deklarasjonens hovedregel svarer således til den i Danmark tidligere anvendte ”individualiserende metode”: man ser på og afvejer alle relevante momenter for at finde frem til loven i det land, hvor kontraktforholdets ”tyngdepunkt” synes at være. (...) Det skal ses bort fra formodningsreglerne, hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land. (s. 49) (...) Ligesom det er tilfældet ved den hidtidige (ukodificerede) danske version af den individualiserende metode, skal forumdomstolen anvende artikel 4, stk. 1 således, at den tager hensyn til samtlige momenter, der indikerer en relation mellem den konkrete aftale og de lande, hvorimellem lovvalget består. Dette betyder ikke, at der bør være tale om en rent matematisk optælling: det karakteristiske ved denne artikel (og dennes metode) er netop elasticitet.” (s. 58)*

De nederlandske domstoler, og da særskilt dommen *Société Nouvelle des Papeteries de L’Aa* ligger helt i det andre ytterpunkt av skalaen og markerer klart at presumsjonen er sterk ved at selgers bopelsland velges selv om alle andre tilknytningskriterier peker i motsatt retning.

---

<sup>42</sup> De engelske domstoler er tilsynelatende konsistente i sin tolking av presumsjonen som svak, men har derimot i senere saker vist at presumsjonen nå i større grad blir vurdert og gis større vekt.

<sup>43</sup> Lookofsky, 1993. s. 49 og 58.

I mellomsjiktet mellom disse ekstreme ytterpunktene finnes en rekke andre tolkinger. I *Bank of Baroda v Vysya Bank*<sup>44</sup> er det tilsynelatende valgt en versjon av den svake presumsjons teori. Saken som stod for de engelske domstoler gjaldt en remburs (confirmed letter of credit) som involverer et komplekst nett av kontrakter og parter (garantikreditor, debitor, utstedende bank og bekreftende bank). Skulle man ha anvendt en sterk presumsjon her så ville det ha vært vanskelig å unngå at de forskjellige kontrakter ble underlagt forskjellige lands lover. Hensyn tilsier her en løsning hvor samme lov blir anvendt på hele remburs-forholdet.<sup>45</sup> Derimot er ingenting sagt verken i Romakonvensjonen eller i Giuliano-Lagarde rapporten som antyder at det er av relevans i relasjon til art. 4 hvorvidt en kontrakt er knyttet til en annen eller ikke. Men den faktor som ble ansett relevant i saken var at utstedelsen av rembursen skjedde igjennom banken National Westminster i London. Dommeren Mance J. anså derfor engelsk rett å komme til anvendelse. Det kan her selvsagt diskuteres hvorvidt denne tilknytningsfaktoren eller for eksempel heller kontrakten mellom garantikreditoren og utstedende bank burde ansees å utgjøre tyngdepunktet i forholdet, da det er garantikreditorens aksept av kontrakten som er det første og viktigste skritt for hele transaksjonen.

Det har vært en tendens i engelske domstoler å vurdere stedet for utøvelse av den karakteristiske ytelsen som et mer signifikant lokaliseringselement enn realdebitors bopel. Dette kan man se bl.a. av *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*<sup>46</sup>, og *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann*<sup>47</sup>, begge saker var oppe for den engelske Court of Appeal. I førstnevnte sak påpeker dommer Potter LJ at art. 4, 5. ledd kun er et unntak, men kommer allikevel til at det er rom for anvendelse av unntaket i dette tilfellet da stedet for betaling under garantien er England i tillegg til at England var stedet for levering av varer under distribusjonskontrakten. Presumsjonen i 2. ledd pekte mot egyptisk rett, men vi ser her at rettens konklusjon har den effekt at tilknytningsfaktoren, realdebitors bopel, her blir byttet ut med det stedet der realytelsen finner sted. I den andre

---

<sup>44</sup> [1994] 2 Lloyd's Rep 87.

<sup>45</sup> Hill, International and comparative law quarterly (2004) 53: 325-350. [s. 339 flg.]

<sup>46</sup> [2002] CLC 533.

<sup>47</sup> [2002] CLC 644.

nevnte sak var det klart at en tysk saksøkt var den som utførte den karakteristiske ytelse. Mot dette hevdet den engelske saksøker at kontrakten var nærmere tilknyttet England, noe han både i første og andre instans fikk medhold i. Dette på grunn av at formålet med kontrakten var at den tyske saksøkte gikk med på vilkår hvorved han aksepterte å ikke komme med flere trusler mot saksøkers kunder i England. Altså var det aktiviteten i England som her gikk foran realdebitors bopel.

Selv om de engelske domstoler synes villige, i teorien, til å akseptere at presumsjonen i 2. ledd ikke bør fragås for lett, viser praksis at de ser bort fra presumsjonen i saker hvor stedet for realytelsen er et annet enn realdebitors bopel. Denne fallgruben som flere engelske domstoler har gått i kan være påvirket av engelsk rettslitteratur hvor det finnes uttalelser i *Dicey & Morris*<sup>48</sup> som synes å støtte opp om at presumsjonen kan oversees når realytelsen har blitt utført i et annet land enn realdebitors bopel.<sup>49</sup>

#### 2.1.2.5 En tredje modell?

Hovedtyngden av diskusjonen ligger i avveiningen mellom de to nevnte teorier. Det finnes allikevel eksempler på at andre modeller har blitt forsøkt utformet. Selv om dette ikke er anerkjent eller fremkommet i noen særlig grad vil jeg allikevel kort nevne det Simon Atrill<sup>50</sup> foreslår som en ”tredje modell”. Synspunktene kommer fra Fentiman ”*Commercial Expectations and the Rome Convention*”<sup>51</sup>, hvor sistnevnte har foreslått en alternativ analyse.

Istedenfor å anvende en sterk eller svak presumsjon på alle saker, foreslår han at det er ønskelig å vurdere, i hver enkelt sak, hvorvidt en av modellene oppfyller de kommersielle

---

<sup>48</sup> Collins et al (eds) *Dicey & Morris on the Conflict of Laws* (13<sup>th</sup> edn London Sweet & Maxwell 2000) para 32-124.

<sup>49</sup> Hill, *International and comparative law quarterly* (2004) 53: 325-350. [s. 346]

<sup>50</sup> Simon Atrill er junior ved Fountain Court barrister chamber i London. Artikkelen : ”*Choice of law in contract: The missing pieces of the article 4 jigsaw*” er publisert i *International and comparative law quarterly* (2004) 54: 559.

<sup>51</sup> (2002) 61 CLJ 50.

forventningene til parter i det relevante marked, objektivt sett. Det er altså den kommersielle kontekst som blir avgjørende for om man anvender den sterke eller svake modell. Styrken av presumsjonen vil være usikker så lenge man ikke har identifisert det normative mål. Man må derfor se på de rettslig politiske målene, og hvorledes man kan beskytte disse verdiene før man kan bestemme styrken av presumsjonen. Den sterke og svake modellen har lite å tilby som normative mål: de kan bare tilby et misledende valg mellom sikkerhet og fleksibilitet.<sup>52</sup> Atrill går og så langt som å foreslå at siden arbeids- og forbrukerkontrakter er utskilt fra art. 4 så kan hensynet til markedsforventningene være det eneste målet med art. 4.

## 2.2 Forslagene til endring – kan dette løse tolkingsproblemene?

### 2.2.1 Green paper<sup>53</sup>

Grønnboken om omdannelsen av Romakonvensjonen til en fellesskapsrettsakt og dens modifikasjoner ble fremlagt av kommisjonen den 14. januar 2003. Initiativet er bl.a. en følge av den bedre sammenheng dette vil skape innenfor EU-reglene på den internasjonale privatretts område, og de problemer som følger med dagens utforming. Romakonvensjonen er i dag det eneste instrument innenfor den internasjonale privatrett i EU, som fortsatt har form av en internasjonal traktat etter at Bruxelles-konvensjonen fra 1968 i 2001 ble omgjort til en forordning.<sup>54</sup>

Rettsgrunnlaget for en omdannelse av konvensjonen til en forordning<sup>55</sup> har siden Amsterdamtraktaten henhørt under første søyle i den Europeiske Union. På grunnlag av Amsterdamtraktatens art. 61, litra c), har Felleskapet vedtatt flere nye forordninger

---

<sup>52</sup> *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann* (2002) EWCA Civ 98 (2002) CLC 644, (29).

<sup>53</sup> Grønnbok om omdannelse av Rom-konvensjonen av 1980 om hvilken lov som skal anvendes på kontraktsrettslige forpliktelser til en fellesskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser, av 14.01.2003 KOM (2002) 654

<sup>54</sup> "Bruxelles-I", (EF) nr. 44/2001 av 22.12.2000

<sup>55</sup> Dette vil jeg i det følgende også henvise til som "Roma-I"

innenfor det sivilrettslige samarbeidet.<sup>56</sup> Det forberedes også på nåværende tidspunkt en EU-rettsakt om lovvalg for ikke-kontraktsrettslige obligasjoner (Roma-II). Etter Nice-traktaten<sup>57</sup> er det sivilrettslige samarbeidet i tillegg underlagt den såkalte felles beslutningstaking, som inntar Europa-parlamentet fullt ut i lovgivningsprosessen. Ved å gjøre Romakonvensjonen om til en forordning vil reglene være direkte gjeldende for nåværende og fremtidige medlemsstater, og man vil i større grad unngå de usikkerhetsmomenter som følger med både et direktiv og ved å opprettholde den som en konvensjon. Det skal allikevel nevnes at selv en forordning må tolkes og kan få forskjellig meningsinnhold når den oversettes til alle de offisielle EU-språkene. Det vil derfor også etter dette kunne oppstå tolkingsforskjeller inntil EU-domstolen får det aktuelle problem opp til avgjørelse.

Kommisjonen har i grønnboken oppstilt 20 spørsmål til høringsinstansene hvorav spørsmål 10 er aktuelt i denne sammenheng. Spørsmålet lyder:

*”Mener De, at artikkel 4 bør formuleres mere præcist, så at det kommer til at fremgå at dommeren først skal anvende formodningen i stk. 2 og kun afvise den i overensstemmelse hermed utpegede lov, hvis den helt klart ikke er egnet til at afgøre den konkrete sag? Hvis ja, hvordan kan bestemmelsen efter Deres opfattelse bedst formuleres?”*

I kommentarene til dette spørsmål skriver Kommisjonen så videre at konvensjonen følger det såkalte ”tilknytningsprinsippet”, og at kriteriet om den nærmeste tilknytning i art. 4 (1) med vilje er formulert vagt for at dommeren skal finne frem til kontraktens tyngdepunkt i den konkrete sak. 2. ledd styrker så rettsikkerheten igjen og gjør det lettere for dommeren å komme frem til anvendelige lov.

---

<sup>56</sup> Bl.a.: ”Bruxelles-II-forordningen” (EF) nr. 1347/2000 av 29. mai 2000, Konkursforordningen (EF) 1346/2000 av 29. mai 2000, Forkyndelsesforordningen (EF) 1348/2000 av 29. mai 2000 og Bevisopptakelsesforordningen (EF) 1206/2001 av 28. mai 2001.

<sup>57</sup> Om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om oprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter, (2001/C 80/01)

Kommisjonen peker på problemene som oppstår i praksis etter denne artikkelen, nemlig at unntakelsesklausulen i art. 4 (5), som i utgangspunktet skulle brukes med forsiktighet og kun sjeldent, blir brukt for hyppig, og dermed igjen blir uforutsigbar. De peker videre på at dommerne i flere saker har anvendt unntakelsesklausulen som utgangspunkt, uten å se på presumsjonen i 2. ledd. Det er dermed et behov for å få avklart teksten på dette punkt slik at det er helt klart at domstolene skal følge presumsjonene i 2. ledd som hovedregel, og kun se bort fra denne der utpekte lov ikke er egnet eller omstendighetene helt klart taler for at en annen lov anvendes. Dette viser at det fra Kommisjonen sin side er helt klart at det er en sterk presumsjon som er gjeldende rett.

For å få avklart teksten antyder Kommisjonen bl.a av mulige løsninger å slette 1. ledd for slik å understreke 5. ledds ekstraordinære karakter, eller å endre selve 5. ledd.

### 2.2.2 Uttalelser fra høringsinnstansene

Kommisjonen mottok ca 80 svar på Grønnboken av 14. januar 2003. Disse har kommet fra medlemsstater, organisasjoner, tjenesteytere, forbruker organer, rettslige instanser og akademiske eksperter. I tillegg til 10 medlemsstater har også bl.a. Norge og Sør-Afrika inngitt svar. Vidtgående støtte ble gitt til omdannelse av konvensjonen til et fellesskaps-instrument i form av en forordning.

Hva gjelder de særskilte kommentarene til art. 4, og svar på spørsmål 10 i Grønnboken varierer disse også geografisk. Noen instanser<sup>58</sup>, og spesielt de som representerer juridiske profesjoner, og de med en rettslig bakgrunn hevder at det ikke er behov for en omformulering av art. 4. Disse understreker også betydningen av unntaket i 5. ledd for å respektere partenes fornuftige forventninger. Mens i andres<sup>59</sup> syn er en omformulering nødvendig for å klargjøre at 5. ledd forblir et unntak.

---

<sup>58</sup> Som bl.a. European Banking Federation og Bar Council of England and Wales.

<sup>59</sup> Se bl.a. Storbritannias Regjering og Nordic Group for Privat International Law

Jeg vil i det følgende peke på noen kommentarer gitt av forskjellige høringsinstanser.<sup>60</sup>

Først de kommentarer som argumenterer mot å endre teksten i art. 4, og deretter argumenter for å endre teksten og de måtene dette er forslått gjort på.

European Banking Federation ønsker ingen endring i nåværende art. 4. De mener leddene står i logisk rekkefølge, og at utgangspunktet skal være "the principle of the proper law" – nemlig kriteriet om den nærmeste tilknytning. Ingen av de foreslåtte endringene vil i deres syn bli fullstendig tilfredsstillende: Å slette 1. ledd vil kun svekke det de anser for det grunnleggende prinsippet, da dette ikke kan stå uuttalt. De stiller seg også kritiske til å skulle endre 5. ledd for å bringe det i takt med art. 3 (3) av det fremtidige Roma-II reglement. I sistnevnte bestemmelse finner vi samme type unntak som i Roma-I art. 4 (5), men med ordlyden: "*a manifestly closer connection*". Det å skulle endre ordlyden i Roma-I slik at den skal stemme bedre overens med ordlyden i Roma-II vil i følge European Banking Federation bli feil da de alternative uttrykkene "*substantially closer connection*", "*manifestly closer connection*", "*no significant connection*" og "*close connection*" kun er relative uttrykk og bør være opp til en dommer å vurdere fremfor en lovgiver.

Hva gjelder "Bar Council of England and Wales", har de lagt seg på samme linje. De ønsker ikke at presumsjonen skal styrkes. Den sikkerheten som søkes oppnådd ved dette mener de oppnås godt igjennom partsautonomien i art. 3 (1). Der partene ikke har brukt den mulighet de har til å skape forutberegnelighet igjennom å gjøre et eksplisitt valg i kontrakten, så bør det være viktigere å oppnå fleksibilitet og å gi effekt til deres fornuftige forventninger ved å anvende loven i det land saken er nærmeste tilknyttet.

Skal noe endres i følge dem, må det være å fjerne presumsjonen som et hele. Den bør i alle fall ikke styrkes, heller det motsatte. De mener den skaper for mye usikkerhet, da uttrykkene "*characteristic performance*" og "*habitual residence*" er altfor uklare begreper. De viser her til *Iran Continental Shelf Oil* som er kommentert over i punkt 2.1.1.5.

---

<sup>60</sup> Kommentarene fra høringsinstansene finnes via siden:  
[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/civil/applicable\\_law/fsj\\_civil\\_applicable\\_law\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/applicable_law/fsj_civil_applicable_law_en.htm)



Videre argumenterer Bar Council of England and Wales med at de resultater man kommer til igjennom bruk av presumsjonen kan bli ekstremt kunstige, da en tilbyder av varer/tjenesters bosted kan ha veldig liten tilknytning til kontrakten, og man derfor kan få resultater som harmonerer dårlig med partenes forventninger. Det kan også oppfordre til det de kaller ”cowboy contractors”, som vil utnytte dette ved å etablere seg i jurisdiksjoner som gir mindre beskyttelse for kjøpere av varer og tjenester.

Blant de som har lagt seg på en middelvei finner vi Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law. De ønsker å gjøre om ordlyden til en middelvei mellom de retninger som har utpekt seg i h.h.v. engelske og nederlandske domstoler, ved å la 1. ledd bli stående og heller gjøre 5. ledd strengere. De mener den engelske rettspraksis som benekter et forhold med hovedregel og unntak mellom 2. og 5. ledd er gal, samtidig som den nederlandske tilnærmingen vil frarøve unntaket i 5. ledd all praktisk verdi.

Tar man bort 1. ledd fjerner man også, i følge Max Planck Institute, det kompromiss som i dag ligger mellom fleksibiliteten i den generelle regel og forutsigbarheten i presumsjonene. Uten 1. ledd vil dommerne bli overlatt et alt for lite rom til å balansere kommersielle interesser og fleksibilitet for best mulig å tilpasse reglene til de kommersielle behov. Art. 3 og uniform tolking under en fremtidig forordning vil sikre en høy grad av forutsigbarhet, og man bør derfor holde den nærmeste tilknytning som den generelle regel. Dette vil være i tråd med internasjonal praksis utenfor EU<sup>61</sup>. Samtidig vil det være fordelaktig systematisk sett, da 2. ledd ikke passer til å konstituere en generell regel for alle kontrakter som art. 4 skal omfatte. 1. ledd derimot gjør det klart at europeisk lov er basert på det generelle prinsipp om den nærmeste tilknytning og at den ikke følger for eksempel prioritet av *lex fori*, ”better-law” tilnærming eller andre alternativer. 1. ledd slår også fast at anvendelig lov må være nasjonal lov, jfr. ordlyden ” *..er aftalen underkastet loven i det land..*”. I følge Max Planck Institute er det en ulempe at dette ikke kommer godt nok frem av 2. ledd, dersom dette skulle utgjøre utgangspunktet.

---

<sup>61</sup> Bl.a. Sveits, art. 117 IPRG, Code civil québécois art. 3112 og Russian Civil Code part 3 art. 1211.

Istedenfor å fjerne 1. ledd bør man, i følge Max Planck Institute, stramme inn ordlyden i 5. ledd som i dagens vide form altfor lett går foran presumsjonene når saker skal avgjøres i de nasjonale domstoler. Nøkkelen til å løse usikkerhetene ligger altså i en strengere ordlyd i 5. ledd som vil gjøre det klart for dommerne at den kun skal brukes ved særskilte omstendigheter.

For å få til dette foreslås det å bytte ut ordet ”shall” med ”may” i 5. ledd for å påpeke at unntaksbestemmelsen overlater en skjønnsmargin til dommeren. I tillegg bør første punktum i 5. ledd heller plasseres i 2. ledd da dette punktum kun relaterer seg til denne presumsjonen.

Hva gjelder aksessoriske kontrakter, flere kontrakter som hører sammen med ”hovedkontrakten”, har 5. ledd flere ganger blitt anvendt for å bruke ”hovedkontraktens” lov også på de tilknyttede kontrakter. Max Planck Institute mener dette ikke bør være hjemlet i 5. ledd og at anvendelig lov for den enkelte kontrakt må bestemmes konkret. Ønsker partene å unngå et flertall av anvendelige lover, har de mulighet til å unngå dette ved å bruke partsautonomien i art. 3.

Instituttet er videre imot eksplisitte eksempler på den karakteristiske ytelse inntatt i bestemmelsen. En slik liste vil kun dekke kontrakter der identifikasjonene av den karakteristiske ytelse er utenfor all tvil (som for eksempel salg, leasing, tjenester, leiekontrakt etc.) I de vanskelige grensetilfeller bør det heller være opp til dommerens vurdering av sakens omstendigheter å komme frem til hva som er den karakteristiske ytelsen.

Storbritannias regjering har i sitt svar på spørsmål 10 i Grønnboken ikke noe forslag til konkret utforming av bestemmelsen, men mener bestemt at den bør reformeres ved en omformulering av 2. ledd. Denne endringen bør sikre at presumsjonen kan anvendes med større sikkerhet, slik at den gir større tyngde til den lov som identifiseres igjennom art. 4 (1) og (5). De ønsker altså at 2. ledd skal gjøres mye klarere, men ikke at den skal styrkes i

forhold til kriteriet om ”den nærmeste tilknytning”. Snarere at den skal gjøre det lettere å komme frem til ”den nærmeste tilknytning”. Det er på samme måte som uttalt i flere andre høringsuttalelser hva som ligger i begrepene ”karakteristiske ytelse” og ”bopelslandet” som fremkommer problematisk. I tillegg til de uheldige utfallene disse kriteriene kan få i form av såkalte ”kunstige resultater”. Dette er resultater langt fra hva partene med rimelighet kunne forvente, typisk der selgers bopels land har svært liten tilknytning til kontrakten. Disse konsekvenser vil som sagt også kunne føre til at noen tilbydere av varer eller tjenester velger å etablere seg i land der lovene gir mindre beskyttelse til kjøperne.

The Law Society of England and Wales EU Committee mener at presumsjonen verken bør styrkes eller svekkes. Større forutsigbarhet bør introduseres ved at de nasjonale domstoler bør følge intensjonene til de kontraherende stater, fra den gang Romkonvensjonen ble til<sup>62</sup>, og også gi sine grunner, der presumsjonen ikke anvendes, til at den har valgt å ikke anvende presumsjonen. Der større klarhet trengs rundt begrepet ”characteristic performance” bør det være opp til EU-domstolen (ECJ), i det tilfellet konvensjonen blir omgjort til et EU-instrument, å løse eventuelle uklarheter.

I tillegg foreslår de en endring i ordlyden i 2. ledd, for å avhjelpe problemene. Det synes for dem som om noen domstoler har gått rett til anvendelse av 5. ledd på grunn av ordene ”subject to article 4 (5)” i begynnelsen av 2. ledd. Det foreslås derfor å slette disse ordene som i alle tilfeller er overflødige ettersom 5. ledd begynner med ordene ”paragraph 2 shall not apply if...”.

I tillegg ønsker de at man inntar følgende frase i slutten av 5. ledd: ”...provided always that before applying this article the national court shall give reasons why it has rebutted the presumption contained in Article 4 (2)”. Et slikt pålegg vil tvinge de nasjonale domstoler til å tenke nøye igjennom saken før de går bort fra presumsjonen, slik at dette vil styrke presumsjonen totalt sett.

---

<sup>62</sup> Som var å gi presumsjonen en mye sterkere betydning/styrke enn den tolking visse stater har gitt den i årenes løp.

Mot den andre kanten finnes de som ønsker en styrking av presumsjonen. Her er det og forskjellige forslag til måter dette kan gjøres på. EuroCommerce<sup>63</sup> ønsker at 2. ledd skal være den alminnelige standard og at man skal fjerne 1. ledd. Dette fordi kriteriet ”tilknytning” (1. ledd) er vanskeligere å fastsette enn kriteriet ”ytelse” (2. ledd). ”Tilknytning” kan tolkes i mange flere retninger enn ”den karakteristiske ytelse”.

City of London Law Society ser at det finnes argumenter i begge retninger, men mener hensynet til forutberegnelighet veier tyngst, og da spesielt i kommersielle forhold. Partene burde vite hvilken lov som gjelder for deres kontrakt, og dette resultat burde ikke variere fra en jurisdiksjon til en annen basert på en analyse av ”den nærmeste tilknytning” som da vil bli gjort av domstolene i de forskjellige jurisdiksjoner. De ønsker å beholde den eksisterende balanse der 5. ledd ansees som et unntak som skal brukes forsiktig og sjeldent. De støtter opp om Kommisjonens forslag gitt i spørsmål 10 i Grønneboken, i tillegg til at de ønsker en klarering i 2. ledd for å gjøre identifikasjonen av ”den karakteristiske ytelse” enklere i de tilfeller hvor begge siders ytelse innebærer betaling av penger (for eksempel kontrakter om derivater). Problemet er her at man i mangel av tilgjengelig regel vil måtte falle tilbake på ”den nærmeste tilknytning” som igjen skaper stor usikkerhet rundt disse kontraktene.

International Chamber of Commerce ønsker også en sterk presumsjon, og mener at den er riktig anvendt i Société Nouvelle des Papeteries<sup>64</sup>. De mener at artikkel 4 er klar slik den står skrevet i dag, men at ingen skade ville skje dersom man slettet 1. ledd.

Nordic Group for Private International Law ønsker en sterk presumsjon, og har og kommet meg eget forslag til utforming av artikkel 4. De ønsker at den generelle regel skal være at det er loven i det land der den som skal utøve den karakteristiske ytelse har sin bopel (realdebitors bopelsland), evt. det sted der det følger av kontrakten at ytelsen skal skje fra. Deretter er det gitt eksempler på hva som vil være den ”karakteristiske ytelse” i enkelte tilfeller. Som et annet ledd ønsker de at unntaket skal være den nærmeste tilknytning, der

---

<sup>63</sup> The Retail, Wholesale and International Trade Representation to the EU

<sup>64</sup> Société Nouvelles des Papeteries de l’Aa mot BV Maschinenfabriek BOA, Hoge Raad, 25. September 1992.

den karakteristiske ytelse ikke kan fastlegges. De særskilte presumsjonene for fast eiendom og transportkontrakter er foreslått lagt til egne artikler.

Det viktigste er, i følge sistnevnte, at partene er i den posisjon at de kan finne ut av hvilken lov som gjelder for deres kontrakt, og ikke i hvor stor grad kontrakten har nærhet til en gitt lov. I de tilfeller hvor det er av betydning å sikre anvendelse av en spesiell lov, for eksempel fordi den skal beskytte den svake part, finnes spesielle konfliktregler som sikrer disse hensyn. (forbrukere i art. 5 og arbeidstakere i art. 6)

European Group for Private International Law har også kommet med et eget forslag til utforming av artikkel 4. Som generelt prinsipp foreslås loven i det land der den som skal utøve den karakteristiske ytelse har sin bopel, eventuelt hovedforretningskontor eller filial. Der det dreier seg om en bedrift vil hovedforretningskontoret være bestemmende evt. det forretningskontor der ytelsen skal skje fra.

På samme måte som Nordic Group for Private International law ønsker de eksemplifisering på hva som er den karakteristiske ytelse inntatt i slutten av 1. ledd. Av tidsmessige årsaker har de ikke fylt ut punkter i denne eksemplifiseringen, men forutsetter at det utføres analytiske arbeider på dette området som hviler på nasjonale kodifikasjoner og rettspraksis. De nevner bl.a. distribusjonskontrakter og franchisekontrakter som problematiske og at disse derfor burde komme frem i gjennom en slik eksemplifisering.

De har tatt bort presumsjonen for transportkontrakter, men latt presumsjonen for fast eiendom stå. Denne har de supplert med et punkt for de leiekontrakter som gjelder ferieleiligheter, dette for at Roma-I skal harmonere bedre med Brussel-I.

Transportkontraktene ønsker de underlagt den generelle regelen. Dette fordi den nåværende presumsjonen på dette området er ukomplett, og den generelle regelen normalt uansett fører til anvendelse av transportørens lov.

Unntakene har de plassert i 3. og 4. ledd hvor man faller tilbake på ”den nærmeste tilknytning”. Dette skal kun være en korreksjon, på en side som en subsidiær regel i de tilfeller hvor den karakteristiske ytelsen ikke er mulig å fastsette, jfr. 3. ledd. På den annen side fungerer den som et unntak i tilfeller som er mulige å fastlegge, men hvor man har behov for å korrigere i eksepsjonelle tilfeller, jfr. 4. ledd.

### 2.2.3 Kommisjonens endelige forslag<sup>65</sup>

Etter både skriftlig og muntlig høringsrunde<sup>66</sup> kom så Kommisjonen den 12. desember 2005 med et endelig forslag til en forordning om lovvalg i kontraktsforhold.

Kommisjonen påpeker her den bekreftelse man har fått igjennom konsultasjonene på at Romakonvensjonen av 1980 er bredt kjent og satt pris på, men at det også er et stort behov for en omgjøring og modernisering.

Henholdsvis den 29. januar og 12. februar 2004 har også EU’s Økonomiske og sosiale komité og Europaparlamentet i sine uttalelser støttet opp om en omgjøring av konvensjonen til en forordning og en modernisering av den. Ekspertter fra medlemsstatene møttes så i februar 2005 for å vurdere et utkast til en Roma-I forordning. Moderniseringen skal klargjøre og presisere, slik at forutsigbarheten øker uten å bringe inn nye elementer som substansielt ville endre den nåværende rettslige situasjon.

Hva gjelder artikkel 4 kommenterer Kommisjonen dette på side 4 av proposisjonen. Den tar utgangspunkt i regelen om loven i det land der den part som utøver den karakteristiske ytelse har sin bopel. Den sier videre at de foreslåtte endringer skal søke å øke forutsigbarheten i forhold til anvendelige lov ved å konvertere presumsjoner over til klare regler, og ved å oppheve unntaksklausulen. Det er kun de tilfeller hvor den karakteristiske ytelse ikke kan fastlegges at man kan falle tilbake på ”den nærmeste tilknytning”. Hjørne-  
stenen i Roma-I instrumentet er partsautonomien. Reglene bør være så presise og

---

<sup>65</sup> ”Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)” (presented by the commission) , Brussels, 15.12.2005.

<sup>66</sup> Muntlig høring vedr. KOM(2002) 654 endelig, i Brussel, 27. januar 2004.

forutsigbare som mulig slik at partene kan velge hvorvidt de ønsker å benytte seg av valgfriheten eller ikke.

Kommisjonens utkast til ny artikkel 4 lyder slik:

*Artikkel 4 – Lovvalg i mangel af aftale herom*

1. *Har parterne ikke aftalt lovvalg i overensstemmelse med artikkel 3, bestemmes den lov, der finder anvendelse på aftalen, som følger:*
  - (a) *købsaftaler er underlagt loven i det land, hvor sælger har sit sædvanlige opholdssted*
  - (b)  *tjenesteydelsesaftaler er underlagt loven i det land, hvor tjenesteyderen har sit sædvanlige opholdssted*
  - (c) *transportaftaler er underlagt loven i det land, hvor transportøren har sit sædvanlige opholdssted*
  - (d) *aftaler vedrørende en ret over fast ejendom eller en brugsret til fast ejendom er underlagt loven i det land, hvor ejendommen er beliggende*
  - (e) *uanset litra d) gælder, at aftaler om leje eller forpagtning af fast ejendom med henblik på midlertidig privat brug i højst seks på hinanden følgende måneder er underlagt loven i det land, hvor ejeren har sit sædvanlige opholdssted, forudsat at lejereren eller forpagteren er en fysisk person med sædvanligt opholdssted i samme land*
  - (f) *aftaler vedrørende intellektuell eller industriell ejendomsret er underlagt loven i det land, hvor rettighedsoverdrageren har sit sædvanlige opholdssted*
  - (g) *franchiseaftaler er underlagt loven i det land, hvor franchisetageren har sit sædvanlige opholdssted*
  - (h) *distribusjonsaftaler er underlagt loven i det land, hvor distributøren har sit sædvanlige opholdssted.*
2. *Aftaler, der ikke er omhandlet i stk. 1, er underlagt loven i det land, hvor den part, der præsterer den karakteristiske ydelse, har sit sædvanlige opholdssted på tidspunktet for aftalens indgåelse. Kan den karakteristiske ydelse ikke bestemmes, er aftalen underlagt loven i det land, hvortil den har sin nærmeste tilknytning.*

Den 23. desember 2006 kom så EU's Økonomiske og Sosiale Komité (ØKOSOS) med ytterligere kommentarer til det endelige forslaget fra Kommisjonen.<sup>67</sup> Komiteen ser svært positivt på arbeidet med å gjøre Romakonvensjonen om til en EU-forordning og understreker de positive konsekvensene av en slik harmonisering. De har allikevel kommentarer til enkelte artikler i forslaget. Deriblant til en artikkel 4 de mener er for streng. De mener at oppregningen i 1. ledd legger ut alt for strenge regler for de særskilte kontrakter. Selv om Kommisjonens foreslåtte regler kan oppfattes som en sikring av større forutberegnelighet, så skjer dette, i følge ØKOSOS, på den bekostning at reglene blir for strenge og ufleksible, og stenger for unntak i tilfeller hvor individuelle omstendigheter tilsier en annen løsning. Komiteen er bekymret for de upassende løsninger som kan følge av dette, og at dette vil være et tilbakesteg for Romakonvensjonen. På bakgrunn av dette ønsker ØKOSOS en endring av forslagets art. 4 (1).

#### 2.2.4 Konsekvenser av disse endringene

Kommisjonen har altså fulgt den del av opinionen som har vært for en endring av ordlyden i artikkel 4 og en styrking av presumsjonen. Kommisjonen har i sitt endelige forslag endret bestemmelsen i retning av den løsning bl.a. de nederlandske domstoler har fulgt. Denne løsning befinner seg klart i den enden av skalaen som sterkt støtter opp om presumsjonen som en klar hovedregel.

Konsekvensene for de nasjonale domstoler og for kontraktspartene blir et lovvalg som i mange tilfeller fremkommer klart og eksplisitt av artikkel 4, 1. ledd, og hvor dommeren derfor ikke må gå igjennom skjønnsmessige vurderinger for å komme frem til løsningen. I de kontrakter som ikke er direkte oppregnet i 1. ledd vil man falle tilbake på presumsjonen fra den tidligere art. 4 (2). (2. ledd 1. pkt i forslaget). Her vil man kunne støte på de samme problemer som tidligere, nemlig problemet med å stadfeste hva som skal anses som den "karakteristiske ytelse" og "sedvanlige bosted". Her vil altså skjønnsvurderinger måtte komme inn, men man vil ikke være i tvil om at det er presumsjonen som er hovedreglen.

---

<sup>67</sup> Official Journal of the European Union, C 318/56



Her vil dessuten rettspraksis fra EU-domstolen i årene som kommer være med på å sette opp klare objektive regler også for de kontrakter som i dag ikke er med i oppregningen i 1. ledd.

Prinsippet om den nærmeste tilknytning som tidligere har blitt oppfattet som hovedregelen har blitt skjøvet helt ned i aller siste punktum av 2. ledd, og er etter forslaget kun et snevert unntak i de tilfeller der den karakteristiske ytelse ikke kan bestemmes. Et viktig poeng her er at korreksjonsmuligheten som finnes i dagens 5. ledd, der den karakteristiske ytelse kan bestemmes men hvor det fremgår av omstendighetene som en helhet at kontrakten er nærmere tilknyttet et annet land, er fjernet helt. Dette viser et helt klart standpunkt fra Kommisjonens side om at presumsjonen skal følges strengt så lenge det er mulig å identifisere den.

I kommentarene til Kommisjonens utkast<sup>68</sup> er det også vist at meningen med utkastet er å klargjøre rettstilstanden slik den er i Romakonvensjonen, ikke å introdusere en ny regel.

### 2.3 Konklusjon

Vi har i det foregående sett at det er foreslått ganske dyptgripende endringer i utformingen av artikkel 4 i Romakonvensjonen. Kommisjonen har tatt et klart valg i å prioritere hensynet til forutberegnelighet fremfor hensynet til fleksibilitet. Forutberegneligheten, som er et av hovedhensynene bak Romakonvensjonen vil på denne måten i mye større grad enn før sikres. Det var klart at bestemmelsen førte til stor usikkerhet og forvirring hva angår tolkingen og fremgangsmåten ved fastsettelse av hva som er anvendelig lov når partene ikke har gjort et valg i sin kontrakt. En ting er at tolkingen over tid vil bli harmonisert dersom konvensjonen blir omgjort til en EU-forordning og EU-domstolen kan trekke opp linjene. Men dette vil ikke skje over natten og man ser et behov for å klargjøre fremgangsmåten så raskt som mulig.

---

<sup>68</sup> COM(2005) 650 final, under kommentarene til ny artikkel 4, (kap. 4.2) hvor det påpekes at regelen om realdebitors bopel er bevart, men søkt klargjort for å øke forutberegneligheten.

Romakonvensjonen er blant annet ment å skulle være et korrektiv til de muligheter Brusselkonvensjonen (og parallellen Luganokonvensjonen) gir til *forum shopping*. Dersom alle kompetente domstoler vil anvende samme lovvalsregler kan ikke saksøker ved å velge forum påvirke valget av materiell rett og derved tvistens resultat.<sup>69</sup> På grunn av de ulike tolkingsproblemer vi har sett på i det foregående oppnås ikke dette målet fullt ut. Lovvalsreglene blir ikke enhetlige i den grad man skulle ønsket det, og det er derfor behov for en klargjøring av situasjonen. Dette synes Kommisjonen å ha tatt konsekvensen av igjennom en modifisert artikkel 4 med klare objektive regler for lovvalget, og dertil styrking av presumsjonen. Kriteriet om den nærmeste tilknytning har i tillegg blitt redusert til kun et snevert unntak kun for bruk i helt særskilte tilfeller.

Når parter på tvers av landegrensene i Europa vet i klare trekk hva de har å forholde seg til når de inngår kontrakter vil det skape en større effektivitet i næringslivet, og kostnadene som oppstår ved usikkerheten vil minimaliseres. For eksempel vil dette gjelde transaksjonskostnadene ved forhandlinger og tvister om lovvalg og jurisdiksjon. Harmonisert tolking igjennom EU-domstolen ville kunne avhjulpet dette, men som allerede nevnt er ikke protokollene som tillater dette trådt i kraft, og det finnes fortsatt ulik tolkingspraksis

I de tilfeller hvor det er av spesiell betydning å sørge for anvendelse av en spesiell lov, for eksempel fordi den inneholder beskyttelse av den svake part i et kontraktsforhold, kommer spesielle konfliktregler inn og tillater anvendelse av de passende tilknytningsfaktorer eller direkte anvendelse av relevante regler, (Moss, 2003). Slik veies det opp for den tapte fleksibiliteten, for eksempel igjennom den spesielle beskyttelse som finnes for forbrukere og arbeidstakere i art. 5 og 6.

---

<sup>69</sup> Moss, Lov og Rett 2000 s. 131.

### 3 Norsk rett

#### 3.1 Dagens rettsstilstand på området

##### 3.1.1 Utgangspunkter og kritikk

Rettsstilstanden slik den har vært i Norge frem til i dag er slik at vi har en lølørekjøplovvalglov som er basert på samme prinsipp som Roma-konvensjonen, mens norsk ulovfestet rett har en annen tilnærming.<sup>70</sup> Dette er ikke heldig.

Reglene om lovvalg i kontraktsforhold er i norsk rett i stor grad ulovfestet. Med unntak av internasjonale lølørekjøp og kontrakter i forsikring, har norsk rett kun spredte bestemmelser om lovvalg blant annet i forbrukerkjøpsloven, agenturloven og i sjøloven. Ellers baserer norsk rett seg på sedvanerett og rettspraksis. Det er den ulovfestede retten jeg i det følgende vil fokusere på mens jeg også vil redegjøre kort for reglene om internasjonale lølørekjøp.

Hovedregelen i norsk rett er at partene har full valgfrihet mht. lovvalget (Partsautonomien). Partene kan altså selv bestemme hvilket lands materielle rett som skal komme til anvendelse på deres kontraktsforhold. Dette er et vel anerkjent og utbredt prinsipp, som har fått en stadig større gjennomslagskraft i de fleste staters internasjonale privatrett. Her er altså Norge fullt på linje med den generelle rettsoppfatningen internasjonalt. Når et slikt valg ikke er foretatt, er den gjeldende regel prinsippet om "den nærmeste tilknytning". Dette prinsipp betegnes også i norsk rett som "den individualiserende metode". Problemer

---

<sup>70</sup> Moss, Giuditta Cordero – Forelesningsmateriale i internasjonal privatrett – *Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*, pkt. 3.

viser seg derimot ved at ikke alle rettssystemer som følger regelen om den nærmeste tilknytning konstruerer denne på samme måte. Jeg vil i det følgende gi en fremstilling av norsk rett på dette området.

I norsk rettsteori har man historisk sett vært enige om at kontraktsrettslige forhold må avgjøres etter kontraktsstatuttet, men hvilken lovvalgsregel som utpeker dette statuttet har derimot vært uklart. De ulike tilknytningsteoriene har vært kontraktsstedets rett, oppfyllelsesstedets rett, debtors bopels lov, den hypotetiske partsvilje og den nærmeste tilknytning.<sup>71</sup>

Utgangspunktet i norsk rett i dag er ”den individualiserende metode”. Denne metode anses i norsk rett for å være synonymt med ”prinsippet om den nærmeste tilknytning”, men bak to prinsipper med svært lik ordlyd skjuler det seg forskjellige tilnærminingsmåter. Dette får avgjørende betydning for substansen i de tilknytningsfaktorer som skal peke ut den anvendelige lov.<sup>72</sup>

Det er altså måten de to prinsipper blir vurdert på som her får betydning. I den norske ”individualiserende metode” blir alle omstendighetene i saken gjort til gjenstand for en helhetsvurdering i lys av hvor forpliktelsen bør lokaliseres. Hver enkelt omstendighet i denne vurdering har individuell gyldighet. Dette i motsetning til vurderingen av den nærmeste tilknytning etter Romakonvensjonen. Dette er en vurdering på grunnlag av et objektivt element som har generell gyldighet, nemlig presumsjonen i art. 4 (2) om realdebtors bopelsland.<sup>73</sup> Art. 4 (5) kan tolkes slik at også Roma-konvensjonen følger en løsning som den norske, nemlig at det individuelle element går foran tilknytningsfaktorens generelle rekkevidde. Men dette avhenger helt av hvordan man ser på styrkeforholdet til presumsjonen, se diskusjonene over.

---

<sup>71</sup> Se Cordes og Stenseng 1999, s. 278.

<sup>72</sup> Moss, Nytt i Privatretten, nr. 4, 2006.

<sup>73</sup> Moss, Nytt i Privatretten, nr. 4, 2006.

I norsk rett ble prinsippet om den nærmeste tilknytning/individualiserende metode slått fast i Irma-Mignon dommen, Rt. 1923-II-58. Saken gjaldt et sammenstøt mellom de norsk eide skipene "Irma" og "Mignon" på elven Tyne. Irma som kom fra Newcastle hadde en engelsk los om bord i henhold til en engelsk bestemmelse som sa at en autorisert los måtte taes om bord på ethvert fartøy, som lastet eller ulastet forlot havnen. Sammenstøtet skyldtes losens feil, og tvistes spørsmålet var om Irma's rederi heftet for tvangslosen. Etter norsk rett er rederen ansvarlig også for tvangslos, mens dette ikke er tilfellet etter engelsk rett. For å finne frem til anvendelig lov brukte dommeren den individualiserende metode.

Dommeren uttalte her at det synes naturlig å "*ta utgangspunkt i den betraktning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme*". Det det spørres om er en norsk skipseiers ansvar ovenfor en annen norsk skipseier for skade voldt ved, at den førstes skip har påseilet den annens skip. "*Dette forhold synes jeg maa siges at ha sin sterkeste tilknytning til Norge, uanset paaseilingen har fundet sted paa en anden stats sjøterritorium*"

Videre henviser han til sjølovens bestemmelser om rederansvaret som fortrinnsvis er gitt med sikte på norske skip, og at det må ansees overensstemmende med lovens tanke, at disse regler så vidt mulig kommer til anvendelse ved bedømmelsen av forhold, som knytter seg til norske skip

Denne metoden blir også kalt individualiserende metode og går ut på at man foretar en konkret helhetsvurdering av alle relevante tilknytningsmomenter i kontraktsforholdet. Etter en avveining av disse finner man så frem til den lov som skal regulere forholdet. Følgende momenter kan her være relevante<sup>74</sup>: Kontraktsstedet, oppfyllelsesstedet, forretningsstedet/partenes bopel, voldgiftsklausul, vernetingsklausul og kontraktsspråk. Dette er ingen hierarkisk eller uttømmende oppregning, og alle momenter som kan si noe om kontraktsforholdets tilknytning vil kunne ha betydning.

---

<sup>74</sup> Cordes og Stenseng, 1999 s. 280.

Denne metoden har blitt fulgt opp i senere norsk rettspraksis, bl.a. i den såkalte "Fotogrossist-dommen"<sup>75</sup>. En norsk fotogrossist var eneforhandler for et tysk firmas fotoblitzer. Disse holdt ikke mål og det ble tvist om oppgjøret. Høyesterett anvendte den individualiserende metode for å bestemme om norsk eller tysk rett kom til anvendelse. Den nærmeste tilknytning ble etter dette ansett å ligge til Norge, ettersom det aktuelle erstatningskrav hadde oppstått i Norge, og hadde sin virkning der. I tillegg ble det lagt vekt på at saksøker var bosatt i Norge.

Det er den tyske Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) som av de fleste anses som denne metodens far. I motsetning til den gamle statuttlæren som hadde tatt utgangspunkt i rettsreglene og spurt hvilken slagvidde de hadde, tok han for seg det enkelte rettsforhold og undersøkte etter hvilken lov det måtte bedømmes. Ved lovvalget måtte man i følge ham undersøke hvor rettsforholdet etter sin eiendommelige natur hadde sitt sete. Og for å bestemme dette "sete", foretok han en allsidig og detaljert analyse av de forskjellige slags rettsforhold, og fant det han mente var det typiske tilknytningspunkt for hvert av dem. Irma-Mignon formelen, som norsk praksis senere har bygd på – er sterkt inspirert av Savignys lære om rettsforholdets "sete".<sup>76</sup> Derimot har Savignys lære blitt tolket noe feil i Norge. Han snakket om et "sete" for hver kontraktstype, og ikke for hver enkelt kontrakt, slik at denne metoden allikevel ikke er lik den norske individualiserende metode

Den individualiserende metode har vært gjenstand for stor diskusjon i teorien. I følge Knoph må Irma-Mignon-formelen "være grunnloven i den internasjonale privatrett – eller om man vil, hele den ulovbestemte internasjonale privatrett i et nøtteskall."<sup>77</sup>

Et viktig bidrag til denne diskusjon er Helge J. Thues artikkel fra 1965.<sup>78</sup> Thue legger her vekt på reglenes konflikthindrende funksjon og viktigheten av at de gir borgerne direktiver

---

<sup>75</sup> Rt. 1982 s. 1294. Se også "Gullklausuldommen" - Rt. 1937 s. 888, "Vekselsaken" - Rt. 1969 s. 664, og Rt. 1956 s. 1172 hvor høyesterett også anvender den individualiserende metode.

<sup>76</sup> Gaarder, 2000 s. 75-76.

<sup>77</sup> Knoph, Tfr 1938 s. 48.

om hvordan de skal forholde seg og hvordan de skal unngå konflikter. Igjennom rettsreglene skapes på denne måte en høy grad av sikkerhet, og planlegging muliggjøres.

Thues kritikk av formelen går på at betraktningen om den nærmeste tilknytning, i Irma-Mignon-dommen og de senere dommer som støtter opp om denne, ikke har løst annet enn hva man kan kalle klare tilfeller, hvor de aller fleste eller alle tilknytningspunktene pekte mot et bestemt land. Det tas dermed ikke stilling til de vanskelige grensetilfeller, og man overser at tilknytningskomponentene svært ofte er inkommensurable størrelser, eller størrelser som vanskelig lar seg rangere.

Som eksempel nevner Thue et forhold der man tenker seg at det finnes hundre tilknytningspunkter til landene A og B – 51 til A og 49 til B. Forholdet har da sin sterkeste tilknytning til og hører nærmest hjemme i A. Men forutsetningene for dette er at alle de hundre tilknytningene har den samme vekt og betydning. Har de ikke det må tilknytningspunktene graderes i forhold til hverandre. Har saken tilknytning til mer enn to land, kompliseres saken ytterligere. Denne verdivurderingen gjør at Irma-Mignon-formelen, i følge Thue, ikke kan anses som en rettslig standard slik som Knoph<sup>79</sup> og flere med ham hevder.<sup>80</sup>

Thue argumenterer videre for at det må finnes et korrektiv utenfor selve regelen som kan gi et visst holdepunkt, slik at dommeren ikke gis helt frie hender, og at grensene for skjønnet trekkes opp. Mulighetene for at partene selv kan skaffe seg en viss oversikt over konsekvensene av kontraktsforholdet, og forhåndsplanlegge etter det, kan bli forhindret av den individualiserende metode. Jeg viser her til diskusjonen under kap. 2 om hensynet til forutberegnelighet kontra fleksibilitet.

Slike korrektiv utenfor selve regelen som Thue ønsker seg, kan sammenlignes med presumsjonene i Roma-konvensjonen art. 4 (2) (3) og (4), se kap. 2. Det fantes som

---

<sup>78</sup> Thue, TfR 1965 s. 587-610.

<sup>79</sup> Knoph, TfR 1938 s. 48 [s. 11 og s. 278 f.]

<sup>80</sup> Thue, TfR 1965 s. 587-610. [s. 596]

utgangspunkt ingen slike presumsjoner i den norske ulovfestede internasjonale privatrett, men ut fra forutberegnelighetsprinsipper og målet om enhetsbedømmelse er det imidlertid i norsk internasjonal privatrett utviklet objektive kriterier for enkelte kontrakter, som supplerer den individualiserende metode.<sup>81</sup> Disse objektive kriteriene presiserer ”den nærmeste tilknytning” og gir anvisning på ett tilknytningsmoment som normalt må tillegges avgjørende vekt.

Et sikkert tilknytningskriterie gjelder for det første for fast eiendom. Det er i utgangspunktet retten på det sted der eiendommen ligger (*lex rei sitae*), som skal være avgjørende for rettslige disposisjoner vedrørende fast eiendom.<sup>82</sup>

For det andre gjelder det et objektivt kriterium for at standardavtaler i utgangspunktet underlegges retten i det land hvor foretaket har sitt sete.<sup>83</sup> Dette gjelder typisk avtaler med banker, transportinnretninger, reparasjonsverksteder og lignende som sluttet i stort antall og med standardisert innhold. Disse avtaler bedømmes regelmessig etter det steds rett hvor det aktuelle selskap (transportselskapet, banken etc.) har sitt sete. De aktuelle kontraktsformularer er da også gjerne utarbeidet på bakgrunn av dette rettssystem.<sup>84</sup> For de særskilte masseavtaler som gjelder forsikring har vi som følge av EØS-avtalen i dag en egen lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111. For de tilfeller hvor lovvalget ikke følger av lovens bestemmelser, oppstilles i dens § 10 prinsippet om den individualiserende metode med en presumsjonsregel om at avtalen har sterkest tilknytning til det land der risikoen består.

For arbeidsavtaler gjelder preseptoriske regler i vår arbeidsmiljølov. Har arbeidskontrakten også tilknytning til et annet land er det allikevel de norske regler som kommer til anvendelse. Hovedregelen er at det er retten på det sted hvor arbeidet hovedsakelig utføres,

---

<sup>81</sup> Cordes og Stenseng, 1999 s. 288 flg.

<sup>82</sup> Saml. Romakonvensjonen art. 4 nr. 3.

<sup>83</sup> Dette i følge Gaarder/Lundgaard 2000, s. 246-247. Saml. Romakonvensjonen art. 4 (2)

<sup>84</sup> Gaarder/Lundgaard, 2000 s. 246.



som må anvendes på arbeidsavtalen. Unntak kan forekomme bl.a. når arbeidsforholdet er av kortvarig art.<sup>85</sup>

For kjøpsavtaler har vi en egen lov. Denne vil jeg gjøre rede for nedenfor.

Endelig finnes det for kausjonsforpliktelser ulike oppfatninger om lovvalget. Gjelsvik antar at det er en presumsjon for at retten på kausjonistens bopel må være avgjørende.<sup>86</sup> Etter Gaarder/Lundgaards (s. 123) oppfatning må derimot den individualiserende metode komme til anvendelse, hvori kausjonistens bopelslov vil utgjøre et sterkt moment. Som en tredje oppfatning har det i rettspraksis vært retten i det land der hovedfordringen har oppstått som har blitt ansett for å være avgjørende, jfr. Rt. 1928 s. 826.

Spørsmålet er om det for alle andre tilfeller enn de ovennevnte kan oppstilles en presumsjon lik den i Roma-konvensjonens art 4 (2) også i norsk rett. EU-retten har de senere år fått økt innflytelse. Ettersom det finnes få kilder i vår norske internasjonale privatrett vil det være naturlig for dommeren å se til EU, som vi er så nært knyttet til både politisk, igjennom EØS-avtalen, og geografisk. Etter tegn fra en nylig avsagt høyesterettskjennelse, som jeg skal behandle videre nedenfor, ser vi at fremtidige kontraktsrettslige lovvalgskonflikter med stor sannsynlighet vil bli løst etter mønster av Romakonvensjonen. Dette slik at dommere vil innfortolke en presumsjon lik den i Romakonvensjonens 2. ledd også i den norske individualiserende metode.

### 3.1.2 Internasjonale kjøpsforhold – lovvalgsloven av 1964

Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april 1964 (intprkjl.), var den første loven i norsk rett som bare handlet om lovvalgsspørsmål. Den bygger på Haagkonvensjonen av 15. juni 1955<sup>87</sup> som har som formål å skape størst mulig rettsenhet

---

<sup>85</sup> Saml. Rt. 1985 s. 1319

<sup>86</sup> Gjelsvik, 1936 [s.220]

<sup>87</sup> Haag-konvensjonen 15. juni 1955 om lovvalg ved internasjonale løsørekjøp.

og forutberegnelighet for partene. Loven gjelder for internasjonale løssørekjøp, jfr. § 1, og må ha "slik tilknytning til meir enn eit land, at dei vert haldne for mellomfolkelege kjøp". Hvorvidt slik internasjonal karakter foreligger avgjøres etter *lex fori*<sup>88</sup>. Kjøpsavtalen må ha tilknytning til flere stater for å kunne defineres som internasjonal, men kjøpet trenger likevel ikke være tilknyttet noen konvensjonsstat.<sup>89</sup> Anvendelsesområdet er i utgangspunktet kun salg av fysiske løssøre, slik at immaterielle rettigheter, patenter og "know-how" faller utenfor loven. Imidlertid antas det i rettsteorien at man må tolke "løssøre" utover de rent fysiske, håndgripelige ting.<sup>90</sup> Dermed antas det at kjøp og salg av olje og gass omfattes, mens kjøp av elektrisk kraft faller utenfor, noe som og vil være i overensstemmelse med hvordan vil tolker vår interne kjøpslov. Loven skiller ikke mellom forbrukerkjøp og næringskjøp.

Der partene ikke har foretatt noe lovvalg etter hovedregelen om avtalefriheten i intprkjl. § 3 kommer intprkjl. § 4 til anvendelse. Kjøpet skal da stå under reglene i det land selgeren hadde sin bopel eller eventuelt sitt forretningssted på det tidspunkt han mottok kjøperens bestilling. Bestemmelsen ble anvendt i Rt. 1980 s. 243 – "Tampax-dommen". Spørsmålet var hvorvidt det etter oppsigelse av eneforhandleravtale forelå krav på etterprovisjon, noe som sto og falt på om norsk eller dansk rett kom til anvendelse. Høyesterett kom til at intprkjl. § 4 kom til anvendelse på de enkelte varekjøp, men ikke på avtaleforholdet for øvrig. Kravet om etterprovisjon måtte derfor løses etter våre alminnelige obligasjonsrettslige lovvalgsregler, det vil her si den individualiserende metode. Etter denne kom Høyesterett til at norsk lov var anvendelig ettersom eneforhandleravtalen gjaldt en norsk forhandler og regulerte hans rettigheter og plikter i Norge. Det ble dermed her slått fast at lovens § 4 ikke kunne anvendes analogisk på andre tilfelle enn løssørekjøp.

---

<sup>88</sup> Retten på det stedet hvor en sak behandles for domstolene (verneting eller domstolslandet) Se også Cordes og Stenseng s. 52.

<sup>89</sup> Jfr. Ot.prp.nr. 15 (1963-64) s. 4

<sup>90</sup> Sml. Lundgaard, TfR 1965 s. 176

### 3.1.3 En ny retning?

Den 29. august 2006 falt en Høyesterettskjennelse som kan få stor betydning for norsk internasjonal privatrett på området.<sup>91</sup> Kjennelsen gjaldt spørsmålet om riktig vernetting under Luganokonvensjonens artikkel 5 (1) i sak om agentrettigheter i Norge. I den forbindelse måtte også lovvalgsspørsmålet avgjøres. Hüttlin GmbH og Pharma-Food AS inngikk en agentavtale i mai 1995. Avtalen ga Pharma-Food AS eksklusive agentrettigheter i Norge, Sverige og Danmark. Pharma-Food AS har hovedkontor i Sandvika, Norge, mens Hüttlin GmbH har hovedkontor i Tyskland.

Høyesteretts kjæremålsutvalg slår først fast, at etter Luganokonvensjonens art 5 nr. 1, kan en person som har bopel i en konvensjonsstat, saksøkes ”i saker om kontraktforhold, ved domstolen for det sted hvor den forpliktelse tvisten gjelder, skal oppfylles”. Hva som var rett vernetting kunne dermed ikke avgjøres før spørsmålet om oppfyllelsessted var avklart. Og for å finne dette måtte man utpeke bakgrunnsretten. Partene hadde ikke avtalt noe om hvilket lands rett som skulle regulere kontraktsforholdet, og heller ingenting om hvor oppfyllelsessted skulle være. Ettersom saken kom opp for norske domstoler brukte man norsk internasjonal privatrett for å løse lovvalget. Igjennom bakgrunnsretten fant man riktig oppfyllelsessted og dermed også svar på om norske domstoler var kompetente – noe de var.

Det er av høy interesse i vår sammenheng å se på hvordan Høyesterett her anvender prinsippet om ”den nærmeste tilknytning”.

Kjæremålsutvalget viser først til Rt. 1980 s. 243 (Tampax-dommen) og Rt. 1982 s.1294 (Fotogrosist-dommen) som begge også gjaldt eneforhandleravtaler. De norske saker ble avgjort etter en helhetsvurdering av alle tilknytningsmomenter (prinsippet om den nærmeste tilknytning).

---

<sup>91</sup> Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 29. august 2006 – (HR-2006-01492-U):

Også dom fra Högsta domstolen i Sverige av 18. desember 1992,<sup>92</sup> som gjaldt avtale om handelsagentur, nevnes. I den svenske sak påpekes det at det er en presumsjon for at loven i det land der agenten har sitt forretningssted skal gjelde der partene ikke har foretatt et lovvalg. Derimot sies det videre at agentens lov dog bør kunne fragås om rettsforholdet har en klart sterkere tilknytning til et annet land. Vi ser her tydelig at presumsjonen i svensk rett på tidspunktet for denne dommen ikke stod særlig sterkt, og at det er den nærmeste tilknytning som blir hovedregelen.

Kjennelsen legger til grunn at lovvalgsspørsmålet skal avgjøres ut fra hvilket lands rett selve agentavtalen har nærmest tilknytning til, og påpeker at dette ikke er omtvistet. Det er tolkingen av dette prinsipp som her er av stor betydning.

Kjæremålsutvalget sier ingenting om Romakonvensjonens formelle stilling i forhold til norsk rett, men går rett på en vurdering av dens art. 4, og sier videre: *”Der partene ikke har avtalt noe om lovvalget, er vurderingstemaet etter konvensjonen art. 4 nr. 1 det samme som etter Irma-Mignon-formelen. I art 4 nr. 2 gis en nærmere veiledning.”*

Kjæremålsutvalget sier seg så uenig i den konkrete vurderingen lagmannsretten har gjort av tilknytningsmomentene hvor de har kommet frem til at forholdet har sin nærmeste tilknytning til Tyskland. Hovedmannen er et tysk selskap, agentavtalen er på tysk og selskapet leverer sine varer direkte til kunder i utlandet, vanligvis på kontrakter som er undergitt tysk rett og er formulert på tysk eller engelsk.

Det viktigste momentet er etter Kjæremålsutvalget syn hvor agenten har sitt hovedkontor. *”Det er agenten som skal prestere realytelsen – i Romakonvensjonen art. 4 nr. 2 omtalt som ” den for avtalen karakteristiske ytelse”*. De anvender her altså Romakonvensjonen art. 4 (2) på forholdet. Det understrekes at kreditors bopel eller forretningssted også er et sentralt tilknytningspunkt for pengeforpliktelser etter norsk rett, ved at det i mangel av annen avtale gjelder som oppfyllelsessted. I tillegg understrekes at det i norsk internasjonal

---

<sup>92</sup> Inntatt i Nytt Juridisk Arkiv 1992 s. 823.

privatrett gjelder som et utgangspunkt at agentavtaler har sin sterkeste tilknytning til det land der agenten driver sin virksomhet etter avtalen, jfr. de nevnte dommer.

Avslutningsvis sies: *”Hovedregelen for tilknytningsforhold når det gjelder agentavtaler er godt begrunnet, og det må kreves ganske tungtveiende momenter for en annen løsning. At avtalen også omfatter Sverige og Danmark, er etter utvalgets syn ikke tilstrekkelig til at det virker naturlig å anse den for å ha sin nærmeste tilknytning til Tyskland”*

Kjennelsen kan ha stor betydning innenfor norsk internasjonal privatrett. I kjennelsen anerkjenner Høyesteretts kjæremålsutvalg verdien av den generelle og objektive tilknytningsfaktor og gjør realdebitors bopel til hovedregel også i norsk internasjonal privatrett, i hvert fall i forbindelse med agentavtaler. Det er ingen grunn til at den objektive tilknytningsfaktor ikke skal legges til grunn for andre kontrakter også.<sup>93</sup>

Tilknytningsfaktoren realdebitors bopel er allerede kjent i det norske rettssystem<sup>94</sup> så vel som den er brukt i en rekke andre konvensjoner og nasjonale kodifikasjoner om lovvalg.<sup>95</sup>

Etter mye usikkerhet for partenes del med å forutse hvilket lands rett de kan vurdere sine respektive krav etter, er det en svært velkommen utvikling som nå skjer i norsk rett. Den individualiserende metode kan selvfølgelig i mange tilfeller føre til det samme resultat som etter realdebitors bopel, men det er og fullt mulig at momentene vil trekke i en annen retning og dermed et annet resultat for kontraktspartene. Denne usikkerheten skaper mange ulemper for partene, da det ikke finnes muligheter til å forutse hva en dommer vil komme frem til. Man bør ikke være prisgitt hva dommeren i den konkrete sak velger å legge mest vekt på. Hvorvidt en part kan oppnå de ønskede resultater ved å anlegge sak eller ikke vil i mange tilfelle avhenge fullt ut av hvilke vurderinger dommeren gjør seg angående sakens faktorer. Dette kan illustreres ved at en part kan risikere å anlegge sak der kravet viser seg å være foreldet, mens det etter den andre aktuelle lov ikke ville vært tilfelle. Denne usikre

---

<sup>93</sup> Moss, Nytt i Privatretten, nr. 4, 2006.

<sup>94</sup> Jfr. løsurekjøpslovvalgsloven § 4.

<sup>95</sup> Se bl.a. Haagkonvensjonen av 1955 om lovvalg i løsurekjøp

rettstilstanden er ikke optimal, og det at den nærmeste tilknytning nå også i Norge vurderes etter en generell og forutsigbar tilknytningsfaktor er en svært positiv utvikling.

Hvis kjæremålsutvalgets nye linje blir lagt til grunn i fremtidige saker for alle typer kontrakter, kan den norske anvendelse av regelen om den nærmeste tilknytning bli ansett for å være i samsvar med tilnærmingen i europeisk internasjonal privatrett.<sup>96</sup>

## 3.2 Fremtidig kodifisering av regler på området

### 3.2.1 Justisdepartementets høringsbrev

I Justisdepartementets høringsbrev av 13.06.2003, som nevnt i innledningen, ser vi at utviklingen i EU blir nært fulgt opp fra Norge sin side. Departementet avventer resultatet av den behandling som nå pågår der. Arbeidet med norske internasjonal-privatrettslige regler på området vil derfor tas opp så snart prosessene i EU er gjennomført.

Grønnboken fra Kommisjonen av 14.01.2003 var derfor en viktig mulighet for Justisdepartementet til å påvirke den fremtidige utformingen av Romakonvensjonen, og høringsbrevet av 13.06.2003 ble derfor sendt ut til diverse høringsinstanser<sup>97</sup> med oppfordring til å komme med eventuelle merknader til Romakonvensjonene og Grønnboken.

I høringsbrevet kommer Justisdepartementet med merknader til enkelte bestemmelser i Romakonvensjonen og deres forhold til de norske regler. Til artikkel 4 påpekes problemene med for stor grad av skjønnsutøvelse og uforutsigbarhet. Det nevnes og at det har utviklet seg enkelte presumsjonsregler for visse typer avtaler også i norsk internasjonal privatrett.

---

<sup>96</sup> Moss, Giuditta Cordero – Forelesningsmateriale i internasjonal privatrett – *Lovvalgsregler for internasjonale kontakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*, s. 20.

<sup>97</sup> En liste over høringsinstanser finnes på nettsiden:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/Horing-Gronnbok-om-mulige-endringer-i-Roma-konvensjonen-19-juni-1980-om-lovvalg-pa-kontraktsrettens-omrade.html?id=95802>

Også her mener Justisdepartementet at Romakonvensjonens løsninger trolig vil bli tillagt vekt, men at dette i mangel av rettspraksis er for tidlig å si noe nærmere om.

### 3.2.2 Høringsinnstansene

Hva som har kommet inn av svar på Justisdepartementets høringsbrev er dessverre vanskelig tilgjengelig. Etter gjentatte søk fantes kun et par uttalelser i denne forbindelse.

I svar fra Finansnæringens Hovedorganisasjon<sup>98</sup> uttales det at det er svært viktig for norsk næringsliv at EØS-statene fullt ut underlegges de samme rettsregler som EU-statene på området for det indre marked, deriblant lovvalgsreglene. Samtidig påpekes det at en eventuell ny forordning om lovvalg i kontraktsforhold, i likhet med bl.a. Brussel I – forordningen, neppe vil bli tatt inn i EØS-avtalen. Finansnæringens Hovedorganisasjon er derfor av den oppfatning at norske myndigheter ved en kodifisering av lovvalgsreglene så langt som mulig bør utvikle en norsk lov om lovvalg i kontraktsforhold slik at den samsvarer med de regler som vil følge av lovvalgsforordningen når den foreligger.

I Forbrukerrådets brev til Kommisjonen av 15.09.2003 oppfordrer de sterkt til en igangsetting av arbeidet med en lovvalgslov så snart som mulig, på basis av det som står i Grønnboken fra Kommisjonen. De understreker at man ikke bør vente til alt er avklart i EU før man går i gang med arbeidene her hjemme. Uansett mener Forbrukerrådet at Justisdepartementet burde ratifisere Romakonvensjonen i den form den er i i dag. Her har Forbrukerrådet derimot oversett det faktum at Romakonvensjonen kun er åpen for ratifisering av EU-medlemmer slik at Norge ikke har mulighet til å ratifisere denne.

### 3.2.3 Konsekvenser

En kodifisering av reglene på området vil selvsagt være et positivt steg for at offentligheten skal få et mest mulig klart regelsett å forholde seg til. En egen lov på området vil være mye lettere å sette seg inn i, og den vil sikre forutberegneligheten for partene. Dette er også et av hovedhensynene bak Romakonvensjonen.

---

<sup>98</sup> Se nettsiden: <http://www.fnh.no/FullStory.aspx?m=1177&amid=30196>

I tillegg vil vi med en lov etter mønster av en fremtidig Roma-I forordning bringe vår internasjonale privatrett i tråd med resten av Europa, og avklare de uklarheter som har rådet på området. Dette vil føre til at behovet for enhetsløsninger tilfredsstilles, og det økende antall kontrakter med tilknytning til mer enn én rettsorden vil bli behandlet på samme måte over et stort geografisk område.

### 3.3 Konklusjon

Rettstilstanden frem til i dag har vært gjenstand for mye kritikk. Den individualiserende metode som har vært utgangspunktet, og som Knoph kalte: ”*grunnloven i den internasjonale privatrett*”, har siden Irma-Mignon dommen i 1923 vært den rådende regel når partene ikke har gjort et lovvalg selv. Metoden har sterke likhetstrekk med kriteriet om den nærmeste tilknytning i Roma-konvensjonen art. 4, men det er allikevel substansielle forskjeller mellom de to fremgangsmåtene.

Den individualiserende metode ivaretar hensynet til fleksibilitet, mens hensynet til forutberegnelighet kommer i bakgrunnen. Denne prioriteringen synes nå å ha snudd også i norsk internasjonal privatrett. Det standpunkt Høyesterett tidligere har tatt i feks. Tampax-dommen, hvor en analogi fra intprkj § 4 på andre kontraktsrettslige forhold ble avvist, synes de nå å ha gått bort fra med høyesterettskjennelsen fra 29. august 2006.

En høyesterettskjennelse vil være en svært viktig rettskildefaktor på et område hvor så lite er lovfestet. Det er dermed stor grunn til å tro at domstolene i fremtiden vil følge opp dette standpunkt, og at vi dermed kan si at våre sedvanerettslige regler nå er i ferd med å endre seg i takt med resten av Europa. En kodifisering av disse regler i norsk rett ved Justisdepartementet vil være det endelige steg i denne lange utvikling mot harmoniserte europeiske lovvalgsregler.



## 4 Sammenfatning og konklusjon

Et lovvalg vil ofte utgjøre store forskjeller for en part. Dette er utgangspunktet for hele tvisteløsningen og har man ikke klare regler for fremgangsmåten kan løsningen bli at tvistens materielle spørsmål blir avgjort på grunnlag av et annet lands lov en det som var forutsatt. De alternative materielle lover kan ofte bringe med seg svært forskjellige resultater, slik at den endelige løsningen på tvisten kan få et utfall som avviker sterkt fra den løsning man ville fått dersom lovvalgsregelen hadde blitt tolket anderledes. Dette kan få katastrofale følger for en eller flere parter.

Det hjelper ikke at en norsk dommer har tolket den utenlandske bakgrunnsrett riktig, hvis ikke han i første omgang har tolket lovvalgsreglene i overenstemmelse med hensynet til forutsigbarhet, slik at kontraktspartene hadde mulighet til å forutse hvilke materielle regler som ville komme til anvendelse. En lovvalgsregel som gir rom for skjønn fra dommeren sin side, vil kunne gi overraskende resultater, noe man bør søke å unngå.

Med sikre løsninger vil også tid og utgifter som går med til tvisten spares. Partene kan lett sette seg inn i hvilken lov som vil være anvendelig for deres avtale, og ønsker de ikke denne loven kan de fritt avtale et annet lovvalg etter partsautonomien i artikkel 3.

Vi har i denne oppgaven sett at meningene er mange og forskjellige hva gjelder tolkingen av gjeldende rett både innen EU og for Norges del. Det som derimot synes å gå igjen er fordelene med at disse reglene klarlegges og at de er samkjørte på tvers av Europas landegrenser. Ettersom det blir lettere og vanligere å skaffe seg varer og tjenester av ulike slag fra andre land, vil dette rettsområde få økt betydning i årene som kommer. For Jurister

og advokater burde lovvalgsreglene alltid være et naturlig første stopp på veien mot å finne gjeldende rett.

Med dette for øye synes nå utviklingen å gå mot et regelsett som skal være mest mulig forutsigbart og lett tilgjengelig for både rettsutøvere og allmennheten. EU-Kommisjonen har i sitt forslag av 15.12.2005 formulert artikkel 4 på en slik måte at det er helt klart at presumsjonen skal være sterk og således lett forutsigbar for partene. For Norges del er det signalisert fra Justisdepartementet sin side at den kommende kodifisering vil følge opp den løsning vi finner i EU, slik at vi også her hos oss sannsynligvis vil få regler som klart favoriserer forutsigbarheten på bekostning av fleksibiliteten i reglene.

Dette strenge fokus på forutberegnelighet vil i helt særskilte tilfelle kunne føre til upassende løsninger.<sup>99</sup> Men dette kan avverges ved at det settes større fokus på reglene i de enkelte land og at det sørges for at reglene blir mye bedre opplyst enn de er i dag. På denne måten oppfordrer man også partene i de mindre og enklere kontrakter til å tenke over problemstillingen før de inngår en avtale. Dersom partene så vurderer en eventuell løsning etter artikkel 4 som upassende for sin avtale, vil det være opp til dem selv og finne en bedre løsning som inntas eksplisitt i avtalen. På denne måten unngår man de feilutslag som kan komme av de strenge reglene, samtidig som partene selv helt fra begynnelsen av kontraktsforholdet sitter på en løsning de selv er fornøyde med.

I forholdet mellom EU og Norge er vel ikke spørsmålet om Romakonvensjonen har betydning når norske domstoler fatter sine avgjørelser eller ikke, men heller i hvor sterk grad denne er styrende, og hvorvidt man kan si at presumsjonene i konvensjonens art. 4, 2. ledd, og tolkingen av den, kan sies å ha blitt en fast sedvanerettslig regel hos oss.

---

<sup>99</sup> Feks. i de tilfeller der en entreprenør har sitt hovedkontor i land A, men utfører entreprisen i land B, arbeiderne er fra land B, kontrakten er utferdiget på grunnlag av land B's rett, på land B's språk, i tillegg til at alle andre tilknytningspunkter viser til land B. Selv om hensynet til forutberegnelighet her peker på at det er land A's rett som skal følges kan det hende at partene finner dette noe kunstig og heller ser det som naturlig og ønskelig å følge land B's rett.

Dette spørsmålet synes å ha blitt besvart ved Høyesteretts kjennelse av 29. august 2006 (HR-2006-01492-U). Den rettskildemessige betydning av en høyesterettskjennelse på et tilnærmet ulovfestet område vil også være høy, noe som vil sikre at norske domstoler og rettsanvendere følger opp den retningen Høyesterett nå har pekt ut.

Justisdepartementets engasjement er også et klart tegn på at vi nå ønsker å bringe vår rett i fullt samsvar med resten av Europa. En eventuell kommende kodifisering vil være en etterlengtet klargjøring på mange års sedvanerettslig utvikling, som både har vært kritisert og i utakt med resten av Europa. Dette vil i tillegg bringe vår ulovfestede rett i takt med vår egen kjøpslovvalgslov fra 1964.

På tidspunktet for innlevering av denne avhandling ligger Kommisjonens forslag fortsatt til behandling hos Rådet og Parlamentet.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Utviklingen fremover kan følges på nettsiden: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5301232>

## 5 Litteraturliste

### Bøker

Collins et al (eds) *Dicey & Morris on the Conflict of Laws* (13<sup>th</sup> edn London Sweet & Maxwell 2000) para 32-124.

Cordes, Jørg. *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*. Jørg Cordes og Laila Stenseng. Oslo, 1999

Gjelsvik, Nikolaus. *Lærebok i millomfolkeleg privatrett*, 2. utgave, Oslo 1936

Gutmann, Daniel. *Droit international privé*. 4.utg. Paris, 2004

Lookofsky, Joseph. *Internasjonal privatret på formuerettens område*. 1. utg. København, 1993.

Lundgaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3.utg. Oslo, 2000

Moss, Giuditta Cordero. *Lectures on international commercial law*. Institutt for privatrett. Stensilserie nr. 162. Oslo, 2003.

Plender, Richard. *The European Contracts Convention – The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Richard Plender & Michael Wilderspin. Second edition. London, 2001

Schmidt, Torben Svénné. *International formueret*. København, 1987.

Trier, Bernd von Hoffmann (editor) *European Private International Law*. 1998.

### **EU-rettslige dokumenter**

*Amsterdam-traktaten* om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om opprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter – EF-Tidende nr. C 340 af 10. November 1997.

”*Bruxelles-I*”, (EF) nr. 44/2001 av 22.12.2000, Forordning vedrørende jurisdiksjon, anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser i sivile og kommersielle saker.

Giuliano, M., Lagarde, P., *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJEC, No C 282, 31.10.1980, 1-50.

Grønnbok om omdannelse av Rom-konvensjonen av 1980 om hvilken lov som skal anvendes på kontraktsrettslige forpliktelser til en fellesskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser, av 14.01.2003 KOM (2002) 654

Høringsinnstansenes uttalelser til Grønnboken, finnes på nettsiden:

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/civil/applicable\\_law/fsj\\_civil\\_applicable\\_law\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/applicable_law/fsj_civil_applicable_law_en.htm)

Muntlig høring vedr. KOM(2002) 654 endelig, i Brussel, 27. januar 2004.

*Nice Traktaten* Om ændring af traktaten om den europæiske union, traktaterne om opprettelse af de europæiske fællesskaber og visse tilknyttede akter, (2001/C 80/01)

Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)” (presented by the commission) , Brussels, 15.12.2005. (COM (2005) 650 final)

*Romakonvensjonen* - Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser åbnet for undertegnelse i Rom den 19. Juni 1980/\*konsolideret udgave - (80/934/EØF)

### **Artikler**

Atrill, Simon. “*Choice of law in contract: The missing pieces of the article 4 jigsaw*”. I: International and comparative law quarterly (2004) 54: 559.

Hill, Jonathan. “*Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts.*” I: International and comparative law quarterly (2004) 53: 325-350.

Knoph, Ragnar. *Rettslige Standarder*. I: TfR 1938 s. 48.

Lundgaard, Hans Petter. *Om internasjonale kjøp*, I: TfR 1965 s. 176

Moss, Giuditta Cordero. *Bokanmeldelse – Hovedlinjer i internasjonal privatrett/Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. I: Lov og Rett 2001 s. 119.

Moss, Giuditta Cordero. *Jurisdiksjon og lovvalg for europeiske kontrakter – noen spørsmål om Lugano- og Brussel- og Romakonvensjonene*. I: Lov og Rett 2000 s. 131.

Moss, Giuditta Cordero. “*Lovvalg i agentavtale – nærmeste tilknytning – realdebitors bopel – Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 29. august 2006 (HR-2006-01492-U)*”. I: Nytt i privatreten, nr. 4, 2006.

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalg i kontraktsforhold – norsk retts Askepott slår tilbake? I: Jussens Venner 2000, s. 132-152.*

Thue, Helge J. *Irma Mignon-formelen*, I: TtR 1965 s. 587-610.

### **Andre rettskilder**

Haag-konvensjonen 15. juni 1955 om lovvalg ved internasjonale løsørekjøp.

Justisdepartementets høringsbrev av 13.06.2003 (ref:200206128 EP HCH/IHO/bj).

Tilgjengelig på nettsiden: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/Horing-Gronnbok-om-mulige-endringer-i-Roma-konvensjonen-19-juni-1980-om-lovvalg-pa-kontraktsrettens-omrade/1.html?id=95803>

Justisdepartementets utkast til lov om lovvalg på det formuerettslige området av 1985, (Jnr. 1450/85 E BN/uwg).

Lov om lovvalg i forsikring av 27. November 1992 nr. 111.

Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausørekjøp av 3. april 1964 nr. 1

Moss, Giuditta Cordero – Forelesningsmateriale i internasjonal privatrett – *Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler.*

Ot.prp.nr. 15 (1963-64) om lov om mellomfolkeleg-privatrettslege regler for lausørekjøp,

The Vienna Convention on the law of the treaties, Vienna 23.05.1969, art. 31–33.

## 6 Domsregister

### 6.1 Norske dommer

Rt. 1923-II-58 - ” <i>Irma-Mignon dommen</i> ”	s. 42
Rt. 1980 s. 243 – ” <i>Tampax-dommen</i> ”.	s. 47
Rt. 1982 s. 1294 – ” <i>Fotogrossist-dommen</i> ”	s. 43
HR-2006-01492-U: Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 29. august 2006	s. 48

### 6.2 Utenlandske dommer

#### Danske

UfR 1988, 626. <i>Henricksen v. Muchener</i> <i>Heilpraktiker Kollegium</i>	s. 20
UfR 1996, 937	s. 20

#### Engelske

<i>Bank of Baroda v. Vysya Bank</i> . [1994] 2 Lloyd’s Rep 87.	s. 24
<i>Bonython v. Commonwealth of Australia</i> , [1951] A.C. 201 at 219	s. 11
<i>Caledonia Subsea v. Microperti</i> (2002) SLT 1022, 1032.	s. 21
<i>Crédit Lyonnais v. New Hampshire Insurance</i> , [1997] 2 Lloyd’s Rep 1, 5, 10.	s. 21
<i>Definitely Maybe (Touring) Ltd. V. Marek Lieberberg</i> , [2001] 1 WLR 1745, (9)	s. 20
<i>Ennstone Building Products Ltd. v. Stanger Ltd.</i> [2002] 1 WLR 3059.	s. 18
<i>Iran Continental Shelf Oil v. IRI International Corp</i> [2002] EWCA Civ 1024	s. 17
<i>Kenburn Waste Management Ltd v. Bergmann</i> . [2002] CLC 644.	s. 24
<i>Print Concept GmbH v. GEW (EC) Ltd</i> [2002] CLC 352.	s. 16
<i>Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd.</i> [2002] CLC 533.	s. 24

#### Franske

<i>Soc. Jansen v. Soc. Sté Heurty</i> , (1955) 44 Revue Critique du droit international privé 330	s. 11
--	-------



**Nederlandske**

*Société Nouvelle des Papeteries de L'Aa v. BV Machinefabriek BOA*,  
IPRax 1994, s. 243.

**s. 22**

**Tyske**

*Bundesgerichtshof*, 1999.02.25. *Neue Juristische Wochenschrift*  
(NJW) 1999 s. 2442-2443.

**s. 22**

**Svenske**

*Dom fra Högsta domstolen av 18. Desember 1992*.  
*Nytt Juridisk Arkiv* 1992 s. 823

**s. 49**